Die Bedeutung der Optionsklausel

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines

Doktors der Rechtswissenschaft

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Martin Luther-Universität

Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Gerhard Naumann

Gerichtsreferendar

in Königsberg Pr.

Gießen 1935

Dissertationsdruckerei und Verlag Konrad Triltsch, Würzburg

Referent:

Professor Dr. Rudolf Schmidt.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Dem Andenken meines Großvaters

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544723_0057

Inhaltsverzeichnis.

			Seite
A		Einleitung	
	§ 1	Tatsächliches Vorkommen der Option	1
B		Rechtsnatur der Optionsbefugnis	
a)	§ 2	Wollensbedingung und Vorkaufsrecht	7
	§ 3	Vertragsantrag und Gestaltungsrecht	13
	§ 4	Der Optionsvertrag ein einseitig verpflichtender Vorvertrag	20
b)	§ 5	Das Bindungsgeld	32
C	§ 6	Abgrenzung der Option von andersgearteten Vorberechtigungen	37
D		Begründung von Optionsrechten	
	§ 7	Allgemeine Gesichtspunkte, insbesondere Form von Optionsbegründungsverträgen	45
	§ 8	Sicherungsfähigkeit der Option	50
E	§ 9	Zulässigkeit der Übertragung einer Option	53
F	§ 10	Untergang der Optionsberechtigung	56

Schrifttum.

Adler: Realkontrakt und Vorvertrag in Jherings Jahrb. 31, 190 ff.

Asch: Der Grundstückskauf 1926.

Bauer-Mengelsberg: Knebelungsverträge 2. Aufl. Halle 1931.

Bechmann: System des Kaufs nach gem. Recht II, 1. 1884.

Becker: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht 1917.

Biermann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Sachenrecht 3. Aufl. 1914.

Breit: Die Willenserklärung als Äußerung und Leistungsgegenstand nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch in Gruchots Beitr. Bd. 55, 1 ff. 1911.

Bruck: Die Vormiete in Arch. Bürg. 20, 33 ff.

Cammerhoff: Welche Bedeutung hat eine Abrede, durch welche jemand einem anderen das Recht zum käuflichen Erwerb eines bestimmten Gegenstandes einräumt? Diss. Leipzig 1910.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. I 8. Aufl. 1927.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts 1900/1902.

Degenkolb: Zur Lehre vom Vorvertrage in Arch. Ziv. Prax. 71, 1 ff.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußens, 1/2 Aufl. 1899.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, Bd. IV, 1932.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1 (Allg. Teil und Schuldverhältnisse) 9. Aufl. 1903.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, Marburg 1932.

Ehrenzweig: System des österr. Allg. Privatrechts Bd. II, 1. Recht der Schuldverhältnisse 2. Aufl. 1928.

Fick-Morlot: Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Bd. 1, Zürich 1915.

Fischbach: Vorbereitende Rechtsverhältnisse in Arch. Bürg. R. 41, 160 ff.

Friedländer: Konzernrecht 1927.

Förster-Eccius: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts Bd. I, 5. Aufl. 1887.

Fürst: Prämien-, Stellage- und Nochgeschäfte 1908.

Gierke: Deutsches Privatrecht Bd. II Sachenrecht 1905, Bd. III Schuldrecht 1917.

Göppert: Zur Lehre von den pacta de contrahendo in Krit. VJ. Schr. 14, 400 ff.

Goldbaum: Zum Vormietrecht in D. J. Z. 1908, 479.

Guhl: Persönliche Rechte mit verstärkter Wirkung in Festgabe der jur. Fakultät Bern für das schweizerische Bundesgericht 1924.

Hasenöhrl: Das österreichische Obligationenrecht, Bd. I 1881.

Hellwig: Anspruch und Klagerecht.

Hirsch: Film-Verwertungsverträge. Diss. Leipzig 1930.

Hillig: 385 Gutachten über urheberrechtliche, verlagsrechtliche und verlegerische Fragen. Leipzig 1928.

Hollaender: Der Tankstellenvertrag in Festschrift für Heilfron 1930.

Heck: Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.

Israel: Kein Schwarzvertrag, wenn Bindegeld für Grundstücksangebot nicht beurkundet wird, in „Grundstückswarte" 1931, 75 ff.

Karger: Die Billigung beim Kauf auf Probe, ein Beitrag zur Lehre von der Willenserklärung und der Rechtshandlung 1913.

Kress: Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts 1929.

Krasnopolski-Kafka: Österreichisches Obligationenrecht 1910.

Krüger: Optionsrecht und Optionsverträge, Diss. Göttingen 1928.

Kiefersauer: Grundstücksmiete, 3. Aufl. 1926.

Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. II, 1906.

Kuhlenbeck: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Zivilrechts. JW 1901, 388.

Lehmann: Allg. Teil des Bürgerl. Gesetzbuches.

Leonhard: Das Schuldrecht des BGB 2. Aufl. in Binding - Oetker, Systematisches Handbuch, Leipzig 1929.

Levinsohn: Der Vorvertrag, Halle 1931.

Lewandowski: Unterfällt der Vorkaufsvertrag in Ansehung eines Grundstücks der Formvorschrift des § 313 BGB? Gruch. Beitr. 53, 565 ff.

Lobe: Das Einlösungsrecht, in Recht und Wirtschaft 1922, 417 ff.

Merten: Das Ankaufsrecht in DRZ 1928, 383.

Mittelstein: Die Miete.

— Wirkt das Vormietrecht eines Mieters gegen den Erwerber des Grundstücks? in Seuff. Arch. Bd. 72, 144 ff.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerl. Gesetzbuches f. d. deutsche Reich, amtliche Ausgabe 1888.

Molitor: Zur Theorie des Vertragszwanges in Jherings Jahrb. 72, 1 ff.

Mügel: Das gesamte Aufwertungsrecht, 5. Aufl. 1927.

Nadler: Grundbuch und Aufwertungsfragen.

Niendorff: Mietrecht nach dem Bürgerl. Gesetzbuch 10. Aufl. 1914.

Nipperdey: Vorhand-, Vorkaufs- und Einlösungsrecht in ZBl. HR. 30, 300.

Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 5. Aufl. 1928.

— Optionsrecht (Optionsvertrag) in Heft 21 der Karten-Auskunftei, Abt. Wirtschaftsrecht 5. 7. 1922.

Pfeiffer: Abtretung der Rechte aus Vertragsanträgen in DNotZ. 1911, 675.

— Können Rechte aus einem Vertragsantrag übertragen werden? in LZ. 1912, 374.

Planck-Siber: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse Bd. II, 1 4. Aufl. 1914.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. Bearbeitet von Achilles und Gebhardt, Spahn, Bd. 1 Allg. Teil und Schuldverhältnisse 1897.

Quassowski: Kommentar zum Aufwertungsgesetz 1926.

Raff: Das Optionsrecht in Dtsche Imm. Z. 1929, 17, 25.

Raape: Die Wollensbedingung, in Festgabe von Brünneck, Halle 1912.

Regelsberger: Die Handelsgeschäfte in Endemanns Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts 1882, Bd. II S. 38.

— Zivilrechtliche Erörterungen, Heft 1 Die Vorverhandlungen bei Verträgen 1868.

Roth: Der Vorvertrag, eine zivilistische Studie unter bes. Berücksichtigung von Art. 22 des Schweiz. Obligationenrechts. Bern 1928.

Ruth: Das Mietrecht der Wohn- und Geschäftsräume 1926.

Ruth-Schmaltz: Die neue Bilanz der AG. in rechtl. und betriebswirtschaftl. Beleuchtung, Berlin 1932.

Seckel: Die Gestaltungsrechte des bürgerl. Rechts, in Festgabe der juristischen Gesellschaft Berlin für Koch 1903, 205 f.

Seidelmayer: Über das in den sog. Konzessionsverträgen der Gemeinden eingeräumte Übernahmerecht in Gruch. Beitr. Bd. 69, 54 ff.

Senff: Vordienrecht und Vordienstrecht in JW 1932, 3435.

Siber: Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit in Jh. Jahrb. 70, 223 ff.

— Grundriß des deutschen Bürgerlichen Rechts, Schuldrecht 1931.

— Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht 1903.

Soergel: Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch 4. Aufl. 1929.

Schlossmann: Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sog. Realkontrakte. Jh. Jahrb. 45, 1 ff.

Schmidt: Bürgerliches Recht, 1927.

Schreiber: Das Optionsrecht in Gerichtshalle 1911, 506 ff.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch 14. Aufl.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl.

Stintzing: Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverhältnisse 1903.

Strunksberg: Zur Frage der Abtretung der Rechte aus Vertragsanträgen, DNotZ. 1911, 745 ff.

Thöl: Das Handelsrecht, 5. Aufl. 1876.

Traumann: Eine Kritik der jüngsten Reichsgerichts-Entsch. zu § 313 BGB, JW 1907, 217.

von Tuhr: Schweiz. Obligationenrecht, Allg. Teil 1924.

— Allg. Teil des deutschen bürgerl. Rechts.

Vollenweider: Die Option im Handelsrecht, Heft 76 der Abhandlungen zum schweizerischen Privatrecht 1917.

Wagner-Löffler: Das Optionsrecht in österr. Gerichtszeitung 1926 Nr. 3.

Walsmann: Ein Beitrag zur Lehre von der Wollensbedingung in Jh. Jahrb. 54, 197 ff.

— Der Verzicht, Allg. Grundlagen einer Verzichtslehre und Verzicht im Privatrecht, Leipzig 1912.

Warnecke: Die Lehre vom Vorvertrage im BGB, Diss. Rostock 1911.

Wendt: Lehrbuch der Pandekten 1888.

Werneburg: Offerte, Optionsrecht, insbes. im Grundstücksverkehr in W. u. R. 1929, 177.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl. 1900.

Winterscheidt: Die Option im Privatrecht, Diss. Köln 1925.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, 2. Aufl. 1930.

Zitelmann: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Allg. Teil 1900.

— Internationales Privatrecht, Bd. II, 1 1898.

§ 1

Tatsächliches Vorkommen der Option.

Aufgabe der vorliegenden Arbeit soll es sein, das Wesen und die Bedeutung des im Wirtschaftsleben der neueren Zeit herausgebildeten Begriffes der privatrechtlichen Option aufzuzeigen. Trotz der hervorragenden Verbreitung dieser Rechtsfigur im Privatrecht bringt man vielfach in weiten Kreisen des Publikums die Option unwillkürlich mit dem öffentlichen Recht, insbesondere dem Völkerrecht, in Beziehung.

In der Tat liegt auch der Ursprung der Figur der Option im Bereiche des öffentlichen Rechtes. Ein „ius optionis" ist als Urform der heutigen Option erstmalig im westfälischen Frieden nachweisbar. In diesem Optionsrecht wurde dem Zwangsrecht des Landesherrn, die Konfession seiner Landeskinder zu bestimmen, als Äquivalent deren Wahlberechtigung, aus dem Lande auszuwandern, entgegengestellt[1]). Seitdem hat sich das Optionsrecht ohne wesentliche Änderung seines Inhaltes zu einem aus dem Völkerrecht nicht wegzudenkenden Begriff entwickelt. Diese Rechtsfigur ist notwendiger Bestandteil eines jeden Friedensvertrages, der Gebietsabtretungen enthält. In seiner allgemeinen Bedeutung stellt sich das Optionsrecht als rechtliche Befugnis der Bewohner eines annektierten Gebietes dar, hinsichtlich ihrer Staatsangehörigkeit zu wählen. So konnten die Bewohner der durch das Friedensdiktat von Versailles vom Deutschen Reich abgetrennten Gebietsteile ihre bisherige Staatsangehörigkeit oder die Zugehörigkeit zum neuen Staatsverbande „optieren".

Von ihrem Ausgangspunkt im öffentlichen Recht[2]) hat die Option eine hervorragende Verbreitung und Bedeutung im moder-

---

[1]) Schreiber, Optionsrecht in österr. Gerichtshalle 1911, 505.

[2]) Im kath. Kirchenrecht versteht man unter Option das Recht auf Einrücken des Nächsten beim Freiwerden gewisser Stellen im Kardinalskollegium oder in Domkapiteln.

nen Wirtschaftsleben erlangt. Eine gesetzliche Normierung des Optionsgeschäftes ist weder im deutschen noch im österreichischen Privatrecht anzutreffen; im schweizerischen Recht entspricht der Option etwa das in Art. 216 OblR geregelte Kaufsrecht [3]).

In Rechtslehre und Rechtsprechung wird einhellig im weitesten Sinne der Begriff der Option in folgender Art bestimmt [4]); dieser Begriff soll auch unserer Untersuchung zugrunde gelegt werden. Man charakterisiert mit dem Ausdruck „Option" die einer Partei vertraglich eingeräumte Befugnis, innerhalb einer Überlegungsfrist einen bestimmten Gegenstand oder eine bestimmt vereinbarte Berechtigung zu erwerben. Die optionsberechtigte Partei ist im Gegensatz zu der optionsgebundenen in ihrer Entschließung, das Verlangen auf Rechtserwerb zu stellen, völlig frei; sie kann ablehnen, ohne daß die objektive Berechtigung der für sie maßgebenden Gründe einer Nachprüfung unterliegt [5]). Für die der berechtigten Partei gewährte Rechtsmacht oder von der Seite des Optionsgebundenen aus gesehen für die Übernahme der Gebundenheit erhält dieser eine Gegenleistung, das sogenannte Options- oder Bindungsgeld. Eine Eigenart des Optionsverhältnisses besteht in der besonderen Verknüpfung und Abhängigkeit des Optionsgeldes von dem endgültigen Schicksal der Option. Macht der Berechtigte von der Option Gebrauch, so ist das Optionsgeld regelmäßig auf seine Leistung aus dem nunmehr zustandegekommenen Vertrag anzurechnen. Unterläßt dagegen der Berechtigte die Ausübung der Option, so verfällt das Optionsgeld, es verbleibt dem optionsgebundenen Vertragsteil. Mit anderen Worten: Die Eigenart der Option besteht in der dem Optionsberechtigten eingeräumten entgeltlichen Überlegungsfrist.

---

[3]) von Tuhr, Schweiz. Oblig.Recht II. 237; Fick-Morlot, Komm. Schweiz. Oblig.Recht Art. 216 Bem. 33 f.

[4]) Schreiber in Gerichtshalle 1911, 303 ff.; Oertmann in Heft 21 der Kart. des Wirtschaftsr. von Tuhr, Schweiz. Oblig. Recht S. 237; Ruth in JW. 1927, 578; Ehrenzweig, Österr. Privatrecht Bd. II, 1 S. 143; Leonhard, Schuldrecht II, 2 § 47 S. 104.

[5]) Dagegen ist nach RGZ 136, 134 der Ausdruck „Option" als mehrdeutig anzusehen; sein Inhalt könne nur im Einzelfall nach dem Willen der Parteien bestimmt werden. An einer Begründung für diese im Gegensatz zur überwiegenden Meinung stehenden Auffassung fehlt es. Wenn eine Entscheidung nach objektiven Gesichtspunkten erfolgen soll (vgl. hierzu RGZ 134, 302), so handelt es sich um eine echte bedingte Berechtigung, nicht aber um ein Optionsrecht.

Das Vorkommen sowie die große Bedeutung der Option auf den verschiedenen Gebieten soll im folgenden durch Heranziehung von Tatsachenmaterial belegt werden.

Als selbständiges Gebilde ist das Optionsverhältnis vielfach bei Kaufgeschäften anzutreffen, als Vorstadium des endgültigen Kaufvertrages. Hier dient regelmäßig die Option einem berechtigten wirtschaftlichen Bedürfnis des Begünstigten [6]). Das ergibt ein Beispiel: Bei Aufteilung größeren landwirtschaftlichen Grundbesitzes durch einen Siedlungsverband wird sich häufig die Durchführung dieses Vorhabens im Einzelnen anfangs nicht übersehen lassen. Hier ermöglicht es das Optionsgeschäft, auch künftige, nicht vorhersehbare Ereignisse in Rechnung zu stellen. Nicht anders liegt der Fall, wenn ein industrielles Unternehmen sich für einen in Zukunft notwendig werdenden Ausbau seiner Fabrikanlagen durch eine Option benachbarte Liegenschaften sichert.

Häufig allerdings wohnt dem Optionsgeschäft ein stark spekulatives Moment inne. In der Hand gewissenloser Grundstücksspekulanten stellt die Option ein gefährliches Instrument zu wirtschaftlicher Knebelung und Schädigung des Schuldners dar.

Der Optionsvertrag, namentlich bei Grundstücksveräußerungen, ist wirtschaftlich gesehen oft ein Kommissionsgeschäft [7]). An sich tritt der Grundstücksmakler juristisch — auch soweit ihm die Befugnis zur Weiterübertragung der Option eingeräumt ist — als Käufer auf, während er rein tatsächlich nur die Rolle eines Vermittlers innehat. Auf jeden Fall aber sichert die Option dem Grundstücksmakler einen bestimmten Ausgangspunkt für seine Tätigkeit. Dadurch, daß er sich ein Grundstück „an die Hand geben", „fest anstellen" läßt, verhindert er, daß ihm etwa der erteilte Verkaufsauftrag vorzeitig und grundlos entzogen wird.

Als Nebenabrede ist die Einfügung einer Optionsklausel bei fast allen Rechtsverhältnissen denkbar und gebräuchlich. Sie ist insbesondere in Verbindung mit Miet- oder Pachtverhältnissen anzutreffen [8]). Hier sichert sich der Mieter, ohne vorerst ein größeres Risiko einzugehen, als schlimmstenfalls das gezahlte Optionsgeld zu verlieren, die Verlängerung des Mietverhältnisses für eine spätere Zeit, oder aber der Mieter behält sich in dieser Form den endgültigen Erwerb des Mietgrundstückes vor, um nicht bei

---

[6]) Leonhard, Schuldrecht § 47 S. 103.
[7]) Raff, Optionsrecht in Dtsche Imm. Z. 1929 S. 17 ff.
[8]) Ruth, Mietrecht S. 316 f.; Mittelstein, Miete § 25 S. 153 f.

einer etwaigen Zwangsversteigerung desselben seiner vorteilhaft gelegenen gewerblichen Räume verlustig zu gehen.

Im Gesellschaftsrecht [9]) — möglich als Nebenabrede bei jedem Gesellschaftsvertrage — verfolgt die Optionsklausel beispielsweise den Zweck, den Erben eines bestimmten Gesellschafters die Möglichkeit einer bestimmten Beteiligung an der Gesellschaft offen zu halten, ohne sie damit zugleich einer u. U. drückenden Verpflichtung auszusetzen.

Auch im Verlagsrecht liefert einen anschaulichen Beweis für die Bedeutung der Option ihr häufiges Vorkommen [10]). Bei Abschluß eines Verlagsvertrages sichert sich vielfach der Verleger ein Vorrecht auf künftige Werke des Schriftstellers. In diesem Zusammenhang sei schließlich zweier mit dem fortschreitenden Verkehr herausgebildeter Vertragstypen Erwähnung getan, die ebenfalls regelmäßig Optionsklauseln aufweisen. Es sind dies einmal die Tankstellenverträge und weiter die sog. Filmverleihverträge [11]). Vertragsverlängerung sowie auch u. U. das Vorrecht auf eine bestimmte Filmproduktion werden so im voraus für einen Vertragsteil gesichert.

Vor Jahresfrist ist die Umgründung eines großen deutschen Industrieunternehmens Gegenstand des allgemeinen Interesses gewesen, bei der das vereinbarte Optionsrecht wirtschaftlich von besonderer Wichtigkeit war. Bei der Gründung der neuen Kupfergesellschaft „Mansfeldscher Kupferschieferbergbau AG. Eisleben" haben sich das Reich und der Staat Preußen eine Optionsberechtigung hinsichtlich der völligen Übernahme der Kupfergesellschaft ausbedungen [12]). Auch sonst ist regelmäßig als Vorstadium der endgültigen Vereinigung (Fusion, Interessengemeinschaft) zweier Handelsgesellschaften ein vorbereitendes Optionsverhältnis anzutreffen [13]).

Häufig sichern sich schließlich Gemeindeverbände [14]), indem sie

---

[9]) Vgl. RG. in Bank. Arch. 17, 190.

[10]) vgl. Hillig, verlegerische Gutachten S. 227 RGZ 79, 158.

[11]) vgl. Hollaender, Tankstellenvertrag S. 125, 134; Hirsch, Film-Verwertungsverträge, RG vom 30. VI. 1920 in Markensch. u. Wettbew. XX, 34. RGZ 135, 237.

[12]) Kölnische Zeitung Nr. 205 v. 13. IV. 1933.

[13]) Kölnische Zeitung Nr. 602, 699 i. J. 1932 (Reemtsma — Hans Bergmann AG.); vgl. im übrigen Handb. d. Aktiengesellsch. Lehmann allg. Teil § 33 II, 4.

[14]) Seidelmayer, Übernahmerecht in sog. Konzessionsverträgen der Gemeinden in Gruch. Beitr. 69, 54 ff.

die Konzessionierung mancher Betriebe gemeinnützigen Charakters (Gaswerk, Müllabfuhr) davon abhängig machen, ein „Übernahmerecht" auf diese. Bei diesem Übernahmevorbehalt handelt es sich in Wahrheit um eine Optionsberechtigung.

Auch in der deutschen Finanzierungspraxis [15]) finden sich entsprechende Berechtigungen; allerdings handelt es sich hier häufig nicht im eigentlichen Sinne um Optionsrechte. Man spricht etwa davon, daß die sog. Wandelschuldverschreibungen mit einem „Optionsrecht" des Gläubigers ausgestattet sind. Der Inhalt dieses Gläubigerrechtes besteht darin, innerhalb bestimmter Frist die Schuldverschreibung gegen eine gleichwertige Aktie des Unternehmens einzutauschen. In Wahrheit stellt diese Befugnis nicht eine Option, sondern eine Wahlberechtigung aus einem Wahlschuldverhältnis dar.

Man kann in dieser Hinsicht nur dann von einem Optionsrecht sprechen, wenn der Berechtigte im Falle der Ausübung seines Bezugsrechtes ohne Hergabe seiner Obligation den Bezugspreis für den Erwerb der Aktie entrichtet. Allerdings tritt bei diesen Bezugsrechten ein besonderes Optionsgeld häufig nicht in Erscheinung; das Bezugsrecht wird, um den Anreiz zum Erwerb der Obligation zu erhöhen, dem Gläubiger als Nebenleistung scheinbar unentgeltlich eingeräumt [16]).

Ferner haben Optionsklauseln beträchtliche Verbreitung im Börsenterminhandel gefunden, und zwar vor allem im Handel mit Effekten. Auszugehen ist von den sog. Prämiengeschäften [17]). Unter diesen versteht man im weitesten Sinne Börsengeschäfte, bei denen der eine Vertragsteil gegen besondere Vergütung (Prämie) das Recht erhält, von dem Vertrage zurückzutreten oder eine Änderung seines Inhaltes zu verlangen. Um ein Optionsrecht handelt es sich hierbei nicht, der Unterschied zu diesem ist nicht zu verkennen. Im Gegensatz zur Option ist der Prämienkäufer bereits

---

[15]) Ruth-Schmaltz, Bilanz der AG. S. 10; Vollenweider, Option im Handelsrecht S. 17.

[16]) Obst, Börsenwesen S. 423; Vollenweider a. a. O. S. 22: Die Minenoptionen sind besonders in England und in den Kolonien verbreitet.

[17]) Düringer-Hachenburg, Komm. HGB V Anh. Anm. 38; Staub, Komm. HGB § 348 Anm. 7; vgl. a. Fürst, Prämien-, Stellage- und Nochgeschäfte. Vollenweider a. a. O. S. 3 verlegt hierüber überhaupt den Ursprung des Optionsgeschäftes. Nach seiner Ansicht ist die Option auf den großen Messen des 16. u. 17. Jahrhunderts entstanden „als spezielle Form des Prämiengeschäftes im freien Verkehr". Als Ursprungsorte seien Amsterdam und Rouen anzusprechen.

vertraglich gebunden, er kann sich lediglich durch Zahlung der Prämie [18]) von der ihm obliegenden Verpflichtung befreien [19]).

Eine Abart des Prämiengeschäftes [20]) ist das Nochgeschäft, das man auch als „Schluß auf fest und offen" oder geradezu als Optionsgeschäft bezeichnet [21]). Hier ist es auch in der Tat gerechtfertigt, von einer Option zu sprechen.

Das Nochgeschäft stellt sich als fester Vertragsschluß verbunden mit dem Recht des Käufers dar, ein oder mehrere Male eine bestimmte Menge von Wertpapieren etc. nachzufordern. (Kauf mit einmal, zweimal Noch). Dieses Recht kann auch dem Verkäufer ausbedungen sein, nämlich das Recht mit einmal zweimal Noch nachzuliefern. Insoweit ist also der Wahlberechtigte in seiner Entschließung völlig frei; die Gegenleistung für die ihm gewährte Optionsbefugnis liegt darin, daß er für die fest gekauften Stücke einen höheren Preis (Kurs zuzüglich Prämie) zahlen muß, während er für den Nachbezug hinsichtlich der Höhe seiner Gegenleistung besonders günstig gestellt wird [22]).

Der eigentümliche Vorgang, daß das vorher gezahlte Bindungsgeld auf die spätere Vertragsleistung anzurechnen ist, tritt hier vielfach nicht unverhüllt zu Tage. Wenn sich auch die Eigenart der Option insoweit nicht in voller Reinheit erhalten hat, so handelt es sich doch um eine echte Option [23]). Vor allem wird wirtschaftlich betrachtet durch die besondere Art der Prämienberechnung der entsprechende Erfolg erzielt.

Aus dem Börsenverkehr sich entwickelnd ist die Optionsklausel schließlich als nahezu notwendiger Bestandteil in der Finanzierungspraxis der Emmissionsgeschäfte anzutreffen [24]). Werden Staatsanleihen oder andere Obligationen aufgelegt, so übernimmt das Emmissionsinstitut oder Konsortium regelmäßig nur einen

---

[18]) Diese besteht beim Vorprämiengeschäft in einem entsprechenden Zuschlag zu Kurse für feste Termingeschäfte, beim Rückprämiengeschäft dagegen in einem entsprechenden Abzuge. Die Differenz bezeichnet man als Écart.

[19]) Die Prämie bezweckt eine Beschränkung des spekulativen Risikos auf seiten des Prämienunternehmers, Holz, Prämiengeschäfte S. 15.

[20]) Marché à prime, call option, put option — Nussbaum in Ehrenbergs Handb. ges. H. R. IV, 578.

[21]) Vollenweider a. a. O. S. 7. Obst a. a. O. S. 492.

[22]) Holz a. a. O. S. 5; Fick-Morlot, Schweiz. Obl.R. Bem. 43 vor Art. 425.

[23]) Schreiber a. a. O. S. 506.

[24]) Ehrenzweig, österr. Privatrecht II, 1 S. 143.

Teil der Ausgabepapiere fest, während es sich für den Rest der Anleihe ein Optionsrecht gegen eine bestimmte Vergütung (in Form einer Prämie) ausbedingt. —

Schon die beschränkte Heranziehung von Tatsachenmaterial zeigt, daß die Figur der Option auf den verschiedensten Lebensgebieten Eingang und Verbreitung gefunden hat. Die hervorragende Bedeutung dieser vom Verkehr selbst herausgebildeten Rechtsfigur ist nicht zu verkennen.

§ 2

Wollensbedingung und Vorkaufsrecht.

Im Mittelpunkt der vorliegenden Arbeit muß die Erörterung der Frage stehen, welchen rechtlichen Gesichtspunkten ist systematisch der Optionstatbestand unterzuordnen?

Eine Klarstellung der mit der rechtlichen Natur der Option zusammenhängenden Zweifelsfragen ist bisher trotz mancher Versuche nicht völlig gelungen. Darauf deutet — abgesehen von dem Widerstreit der Lehrmeinungen — die Tatsache hin, daß bis in die jüngste Zeit widersprechende Entscheidungen oberster Gerichte sich mit dem Wesen der Option befassen.

Mit der vorliegenden Arbeit soll der Versuch unternommen werden, auf einem anderen als dem bisher üblich gewordenen Wege zu einer systematischen Einordnung des Tatbestandes der Option zu gelangen; wir hoffen damit eine befriedigende Lösung der hier auftretenden Zweifelsfragen zu finden. Hierbei gilt es, dem Streben des geschäftlichen Verkehrs nach Einfachheit und Übersichtlichkeit der Rechtsbeziehungen Rechnung zu tragen. Zum anderen ist auch ein weiterer Gesichtspunkt zu beachten: „Nicht die Art der juristischen Konstruktion ist das primäre, sondern der Parteiwille, der nicht über dem Streit um die juristische Ausgestaltung im einzelnen, sei es bewußt, sei es unbewußt, zur Bedeutungslosigkeit herabgemindert werden darf“ [1]).

Unter diesen leitenden Gesichtspunkten wird bei der Erörterung der rechtlichen Natur der Optionsklausel die entscheidende Frage dahin gestellt werden müssen: Verdient die Theorie eines Vertragsangebotes bzw. Gestaltungsrechtes den Vorrang gegen-

[1]) Nipperdey, Vorkaufs- und Einlösungsrecht in ZBl HR 30, 302.

über der Lehrmeinung vom einseitig bindenden Vorvertrag? Auf die Erklärung des Optionsberechtigten abgestellt, muß diese Frage lauten: Kommt der Optionsausübungserklärung rechtsgestaltende Wirkung zu oder ist sie lediglich Geltendmachung eines obligatorischen Anspruchs?

Vorerst seien einige andere Möglichkeiten zur Konstruktion der Optionsklausel besprochen. Der Begriff der Option, von dem hier auszugehen ist, ist bereits oben festgelegt worden.

Nach dem wörtlichen Sinne einer Option liegt an sich der Gedanke nahe, diese als Wahlschuldverhältnis mit Wahlrecht auf Seiten des Optionsberechtigten anzusehen. Wäre die Option in der Tat mit einem Wahlschuldverhältnis gleichzusetzen, so wären freilich mit einem Schlage alle Schwierigkeiten der rechtlichen Konstruktion aus dem Wege geräumt, ja es wäre nicht zu verstehen, wo sie herrührten. Die Option hat jedoch in Wahrheit nichts mit einem Wahlschuldverhältnis gemeinsam [2]); darauf deutet schon hin, daß der Verkehr für dieses Rechtsverhältnis einen neuartigen Begriff geprägt hat. Im Gegensatz zur Option ist beim Wahlschuldverhältnis bereits ein auch den Berechtigten bindendes Schuldverhältnis zustandegekommen. Dieser hat lediglich unter verschiedenen Möglichkeiten die Wahl, den I n h a l t dieses Schuldverhältnisses zu bestimmen.

Verschiedentlich ist der Gedanke aufgetaucht, das Optionsverhältnis mit der eigenartigen Entschließungsfreiheit des Begünstigten der Rechtsfigur der bedingten Berechtigung unterzuordnen [3]). Von diesem Standpunkt aus ist zu fragen: „Kann man in dem Optionsvertrag (Vertrag, durch welchen eine Option eingeräumt wird) einen durch die Erklärung des Gläubigers aufschiebend bedingten Vertragsschluß sehen?"

Die Rechtsprechung hat sich wiederholt mit dieser Frage beschäftigt; jedoch läßt ihre Stellungnahme eine Einheitlichkeit vermissen. Während man sich verschiedentlich für eine derartige Möglichkeit ausgesprochen hat [4]), hat man es auf der anderen

---

[2]) Schreiber in öst. Gerichtshalle 1911, 506; Wagner-Löffler in öst. Gerichtszeitung 1926 Nr. 3, IV.

[3]) So vor allem Niendorff, Mietrecht S. 69b; Staudinger BGB § 313 Bem. A II 1b; KG vom 15. XII. 1903 in OLG 8, 396; RG vom 19. III. 1918 in Recht 1918 Nr. 387; OLG Dresden vom 16. IV. 1919 in Seuff. Arch. 75 Nr. 72; RGZ 77, 415. 81, 134; vgl. a. RGZ 72, 385. 104, 98.

[4]) s. die Anm. 3) angef. Entscheidungen.

Seite abgelehnt [5]), in jedem Optionsverhältnis einen bedingten Vertragsschluß zu sehen. In einer unlängst ergangenen Entscheidung [6]) wird ausgeführt, daß der Ausdruck „Option" mehrdeutig sei; im einzelnen müsse er entweder als aufschiebend bedingter Vertrag oder als reines Vertragsangebot angesehen werden. Unterscheidungsmerkmal hierfür sei, ob die Entschließung des Begünstigten von dem Ergebnis einer sachlichen Prüfung abhängig oder in das Belieben dieser Partei gestellt sei.

Diese Auslegung des Optionsbegriffes ist m. E. abzulehnen. Ist eine objektive Sachprüfung Voraussetzung für die Entscheidung des Berechtigten, so wird in dem angeführten Urteil sicher mit vollem Recht eine bedingte Berechtigung als vorliegend angenommen. Doch ist eine derartige Berechtigung wesensverschieden von einer Optionsbefugnis und kann mit dieser tatsächlich nicht in Beziehung gebracht werden. Denn charakteristisch für ein Optionsrecht ist nach überwiegender Meinung [7]) sowie nach der Verkehrsanschauung gerade, daß der Berechtigte in seiner Entschließung völlig frei ist; die sachliche Berechtigung der für seine Entschließung maßgebenden Gründe unterliegt einer Nachprüfung nicht.

Nur auf diesen, unserer Untersuchung zugrundegelegten Tatbestand bezieht sich die Frage nach der Heranziehung der bedingten Berechtigung.

Bei der Bedingung richtet sich der Wille der Parteien nicht schlechthin auf die Wirkung, sondern nur für den Fall, daß ein bestimmtes weiteres, zur Zeit der Erklärung ungewisses Tatbestandsmerkmal hinzutritt. Abhängig von diesem ist nicht der Parteiwille, sondern die kraft dieses Willens eintretende Rechtsfolge [8]). Bei der Optionsabrede hängt der endgültige Vertragsschluß von der Willenserklärung des Gläubigers ab. Es ist daher vorerst zu prüfen, ob als maßgebendes Ereignis, als Bedingung auch das „Wollen" einer Partei gesetzt werden kann.

Im römischen und gemeinen Recht gehörte die Frage nach der Zulässigkeit der sog. Wollensbedingung seit jeher zu den umstrittensten der Rechtslehre. Im Bereich des bürgerlichen Rechts ist der Kauf auf Probe (§ 495 BGB) als Fall eines vom Willen einer

---

[5]) RG in JW 1931, 306 Nr. 6, ohne eindeutige Stellungnahme auch RGZ 103, 349 (350).

[6]) RGZ 136 Nr. 29 S. 134, s. a. JW 1933, 1413.

[7]) vgl. § 1 Anm. 4, 5.

[8]) v. Tuhr III § 80 S. 270.

Partei abhängigen Vertrages anerkannt [9]). Für die allgemeine Zulässigkeit und Notwendigkeit der Figur der Wollensbedingung ist damit aber noch nichts erbracht.

Im Gegenteil erscheint mir ein von Raape gemachter Einwand g e g e n die verallgemeinerte Zulassung der Wollensbedingung überzeugend. Mit Recht weist er [10]) auf die Homogenität von Bedingung und Bedingtem hin: „das Wollen der Rechtswirkung ist Bedingung des Eintritts eben dieser Wirkung". Infolgedessen fehlt es an einer Gebundenheit [11]), da das Wollen der rechtlichen Wirkung selbst die Bedingung darstellt. Die Partei ist Herr sowohl über den Eintritt der Bedingung als auch der daran geknüpften Rechtsfolgen. Diese Bedenken Raapes sind m. E. durchschlagend.

Die Rechtsprechung geht im Grunde von ähnlichen Gedankengängen aus, nur spielen hierbei zum Teil rein praktische Gesichtspunkte eine ausschlaggebende Rolle. Nach den in der Rechtsprechung herausgebildeten Grundsätzen darf nicht schon die Bindung des V e r p f l i c h t e t e n in dessen Wollen gesetzt sein [12]), weil dann bereits das Zustandekommen des Vertrages — des in § 158 BGB vorausgesetzten Rechtsgeschäftes — in Frage gestellt wäre [13]). Dagegen wird ein Vertrag unter der Bedingung des bloßen Wollens des B e r e c h t i g t e n für unbedenklich angesehen.

Zweifelhafter erscheint die Entscheidung jedoch dann, wenn der Berechtigte zugleich auch Träger von Verpflichtungen aus dem gleichen Vertrage ist. So bei gegenseitigen Verträgen, bei denen jeder Vertragsteil mit Notwendigkeit zugleich Gläubiger und Schuldner ist. Doch wird auch für diese Fälle die Zulässigkeit der reinen Wollensbedingung bejaht [14]). Fraglich könnte demgegen-

---

[9]) Schmidt, Bürg. R. S. 106; Enneccerus, Bürg. R. I § 181.

[10]) Raape, Wollensbedingung S. 16/17.

[11]) „Gebundensein heißt: der Rechtswirkung ausgesetzt sein auch wenn man nicht will."

[12]) So auch schon § 108 I, 4 Pr. allg. Landrecht. „Hängt die aufschiebende Bedingung von einer ganz unbestimmten Willkür des Erklärenden oder dessen, der durch die Erklärung verpflichtet werden soll, ab, so hat die Erklärung keine rechtliche Wirkung."

[13]) „Wer sich verpflichtet, falls er künftig wolle, gibt gegenwärtig eine verpflichtende Erklärung noch nicht ab", RGZ 72, 385; RG in JW 1931, 305; RGRKomm. BGB I Vorbem. 2 zu § 158; RGZ 67, 45. 117, 89. 124, 336. 131, 24. 136, 134.

[14]) RGZ 104, 100 mit eingehenden Zitaten; RGRKomm. BGB I Vorbem. vor § 158 ff. BGB.

über erscheinen, ob tatsächlich bei gegenseitigen Verträgen, bei denen die Leistungen der Parteien in einem Austauschverhältnis stehen, in dieser Art zwischen Gläubiger- und Schuldnerrolle eines Vertragsteils unterschieden werden kann [15]).

Im Rahmen unserer Arbeit würde es zu weit führen, allen diesen hier auftauchenden Zweifelsfragen nachzugehen. An einem ist jedoch festzuhalten. Auch wenn man nicht die logische Unzulässigkeit der Wollensbedingung annimmt, so können doch für eine Verallgemeinerung dieser vom Gesetz für einen Einzelfall ausgesprochenen Rechtsgedanken nur praktische Erwägungen in Betracht kommen. Darauf weist Raape mit Recht hin [16]). An praktischen Gründen fehlt es jedoch.

Zudem sprechen noch weitere Gesichtspunkte gegen eine Heranziehung der Wollensbedingung gerade auf den Optionstatbestand. Der psychologische Grund für Beifügung einer Wollensbedingung ist stets die Unentschlossenheit der Partei. Man kann die Wollensbedingung mit Raape [17]) geradezu als eine „Zauderbedingung" bezeichnen.

Wesensverschieden davon ist die Optionsabrede, bei der nach dem Willen der Parteien die Gebundenheit Selbstzweck ist und als selbständige Vertragsleistung gewertet wird. Auch eine der Verkehrsanschauung entsprechende Deutung des Bindungsgeldes würde mit der Heranziehung der Wollensbedingung nur erschwert werden. Daß, sofern dem Optionsgeschäft ein Hauptvertrag nicht nachfolgt, das Bindungsgeld als selbständige Gegenleistung für die ungenutzt verstrichene Gebundenheit geleistet wird, würde bei der Bedingungskonstruktion ohne zwingenden Grund verdunkelt werden. Nicht nur diese Nachteile vermeidet die von uns verteidigte Vorvertragskonstruktion.

Die vereinzelt vertretene Ansicht, die zur Erklärung der Rechtsnatur der Option eine analoge Heranziehung der Vorschriften über das Vorkaufsrecht oder das Wiederkaufsrecht oder gar beider zusammen genommen befürwortet, braucht vorerst nur gestreift zu werden. Zu dieser Frage soll in einem anderen Zusammenhang bei der Abgrenzung der Option von weiteren, sonst noch denkbaren Vorberechtigungen eingehend Stellung genom-

---

[15]) RGZ 104, 307.
[16]) Raape a. a. O. S. 51.
[17]) Raape, Wollensbedingung S. 8/9.

men werden [18]). Dort soll zugleich der Versuch einer systematischen Zusammenfassung aller Tatbestände, die eine Vorberechtigung zum Inhalte haben, unternommen werden.

Das Ergebnis dieser Untersuchung sei hier schon vorweggenommen. Eine Analogie der erwähnten Art erscheint keinesfalls gerechtfertigt, die Basis für Analogie — Deckung einer Lücke im Gesetz durch Heranziehung einer entsprechenden Vorschrift wegen Gleichheit des Grundes — ist nicht gegeben. Ohne Eingehen auf die Frage nach der Rechtsnatur des Vorkaufs- oder des Wiederkaufsgeschäftes kann festgestellt werden, daß beispielsweise dem Vorkauf entsprechende Tatbestände auch bei anderen Rechtsverhältnissen als gerade beim Kaufgeschäft denkbar und gebräuchlich sind. Die vom Verkehr herausgebildete Figur der Option hat jedoch mit diesen Erscheinungen nichts gemeinsam. Eine Analogie zum Vorkauf oder Wiederkauf ist daher nicht zu rechtfertigen.

So wird auch fast durchweg eine analoge Anwendung der erwähnten Vorschriften auf die Option abgelehnt oder nicht ernsthaft in Betracht gezogen. Die gegenteilige Ansicht ist nur in gelegentlichen Bemerkungen ohne tieferes Eingehen auf diese Fragen anzutreffen. Seidlmayer [19]) kommt ohne eigentliche Rechtfertigung zu der hier bekämpften Ansicht, daß auf das Optionsverhältnis die Vorschriften über Vorkauf und Wiederkauf zugleich sinngemäß anzuwenden seien. Ebenso bleibt Hirsch [20]), der die eigenartige rechtliche Natur von Filmverwertungsverträgen zugleich in der häufig vorkommenden Verbindung mit einer Optionsklausel würdigt, eine Begründung für seine mit Seidlmayer übereinstimmende Ansicht schuldig. Die Rechtsprechung [21]) hat wohl gelegentlich Einzelbestimmungen des Vorkaufsrechts als Ausdruck allgemeiner Rechtsgedanken angesehen und sich für eine analoge Heranziehung dieser ausgesprochen; zu einer einheitlichen Stellungnahme ist man jedoch keineswegs gelangt.

---

[18]) unten § 6.

[19]) Seidelmayer, Übernahmerechte in sog. Konzessionsverträgen in Gruch. Beitr. 69, 54 ff.

[20]) Hirsch, Filmverwertungsverträge, s. a. N. 115.

[21]) vgl. RG in Markensch. u. Wettbew. 20, 34; RGZ 126, 123; s. a. RG in JW 1930, 3766.

§ 3

Vertragsantrag und Gestaltungsrecht.

Größere Anerkennung als die bisher besprochenen Lehrmeinungen verdient eine andere Theorie zur rechtlichen Erklärung der Option. Nach Oertmann [1]) ist das Optionsverhältnis als ein auf längere Zeit befristetes Vertragsangebot (Offerte mit Überlegungsfrist) anzusehen [2]). Das Wesen der Option besteht hiernach darin, daß der Optionsberechtigte durch das ihm gemachte Vertragsangebot in die Lage versetzt wird, nach seinem Belieben den in Aussicht genommenen Vertrag einseitig durch Abgabe seiner Annahmeerklärung zustande zu bringen oder davon abzustehen [3]).

Im Gegensatz zu den oben erörterten Konstruktionsversuchen treten nicht mehr ein Vertrag, sondern unabhängig voneinander zwei Verträge in Erscheinung. Der erste Vertrag hat die Gewährung der Optionsbefugnis, der Antragsbefugnis, zum Inhalt [4]). Der Antragende macht seinem Vertragsgegner ein für bestimmte Frist bindendes, unwiderrufliches Vertragsangebot gegen Gewährung des Bindungsgeldes. Mit der einseitigen Annahme des Antrags kommt der zweite Vertrag zustande.

Um zu dieser Theorie vom bindenden Vertragsantrag Stellung zu nehmen, ist es nötig, auf das Wesen des letzteren einzugehen. Der Antrag ist eine Willenserklärung, durch welche jemand einem anderen die Schließung eines Vertrages in der Weise anbietet, daß das Zustandekommen des Vertrages nur noch von dessen Zustimmung abhängt. Der Gebundenheit des Antragenden entspricht ein Recht des Antragsempfängers, welches man als Gestaltungsrecht bezeichnet [5]).

---

[1]) Oertmann in Heft 21 d. Kart. d. Wirtschaftsr. u. BGB II, 1 § 313 Bem. 2 d β.

[2]) so auch v. Tuhr, Schweiz. Obl.R. S. 237. Ruth, Mietrecht S. 316 u. JW 1927, 578. Lehmann, Allg. Teil § 33 III, 217.

[3]) Auch die Rechtsprechung hat sich verschiedentlich für diese Art der Konstruktion ausgesprochen: OLG 44, 17. JW 1924, 2033. Seuff. Arch. 75, Nr. 4. 80, Nr. 138. RGZ 46, 234. 95, 199. Warn. Rspr. 1913, Nr. 396. Zweifelnd RGZ 136, 132.

[4]) Er unterscheidet sich in nichts von dem in der früheren Rechtslehre bekannten „Offertvertrag". Vgl. hierzu RGZ 46, 234.

[5]) von Tuhr, Allg. Teil I § 62, 468.

Der Begriff eines Gestaltungsrechts, von Zitelmann [6]) auch als „Recht des rechtlichen Könnens" bezeichnet, ist in der Rechtslehre einhellig anerkannt [7]). Es wird mit Seckel gekennzeichnet „als das subjektive Privatrecht, das die Macht zur Gestaltung konkreter Rechtsbeziehungen, — die Macht, rechtliche Wirkungen mit verpflichtender Kraft für andere zu begründen — durch einseitiges Rechtsgeschäft zum Inhalt hat" [8]). Im Unterschied zu anderen „Rechten" ist das Gestaltungsrecht eine Berechtigung, der nicht gegenwärtige Verpflichtungen des Gegners entsprechen. Seine rechtlichen Wirkungen haben ihren Entstehungsgrund allein in der einseitigen Erklärung des Berechtigten. Die Ausübungswirkung besitzt rechtsgestaltenden Charakter [9]). Diese Gedanken auf das Optionsverhältnis übertragen bedeuten, daß durch eine einseitige Erklärung des Berechtigten, die Option ausüben zu wollen, das verabredete Rechtsverhältnis zustande kommt. Einer nochmaligen Mitwirkung des Optionsschuldners bedarf es hierzu nicht.

Es erscheint sehr fraglich, ob sich aus dem Zweck und der juristischen Gestalt der Vertragsofferte nicht erhebliche Bedenken gegen die Heranziehung dieser Rechtsgedanken auf die Option ergeben müssen. Dies vor allem dann, wenn die vereinbarte Options-Antragsbefugnis nicht selbständigen Charakter besitzt, sondern nur Bestandteil eines weitergehenden Schuldverhältnisses ist. Nach Stintzing [10]) läuft der Konstruktionsversuch des bindenden Vertragsangebotes auf die Anerkennung einer Verpflichtung ohne Rechtsgrund hinaus.

Ein grundsätzliches Bedenken gegen die angeführte Lehrmeinung ist jedenfalls nicht zu widerlegen. Bei Betrachtung der den Vertragsantrag regelnden Gesetzesbestimmungen ist das Bestreben des Gesetzes unverkennbar, die Dauer der Gebundenheit des

---

[6]) Internat. Privatrecht II, 1 S. 32; v. Tuhr a. a. O. I S. 160 bezeichnet die Gestaltungsrechte als secundäre Rechte.

[7]) Als Beispiele für diese „Rechte" werden u. a. das Kündigungs-, das Aufrechnungs- und das Anfechtungsrecht genannt. Seckel in Festgabe f. Koch S. 205 ff. Stampe, Freirechtsbewegung S. 37.

[8]) Seckel a. a. O. S. 210. s. a. Staudinger Komm. BGB § 194 Bem. 5. — Das Recht im objektiven Sinne als die Gesamtheit der das menschliche Leben ordnenden Rechtsnormen, während das Recht im subjektiven Sinne die dem Einzelnen von der Rechtsordnung gewährte Rechtsbefugnis darstellt.

[9]) Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 2. Fenkart, Gestaltungsrechte S. 11. Seckel a. a. O. S. 250.

[10]) Stintzing, Vorverpflichtung, Vorbem. IV.

Antragenden in engen Grenzen zu halten [11]). Regelmäßig erlischt der Antrag „unter Anwesenden" bei Nichtannahme sofort und „unter Abwesenden" ebenfalls in der kürzest möglichen Frist. Für eine abweichende längere Fristbestimmung gibt das Gesetz in § 148 BGB den Parteien zwar ausdrücklich die Möglichkeit, aus dem ganzen Zusammenhang ergibt sich jedoch zweifellos, daß der Gesetzgeber hierbei nicht daran gedacht hat, ein sich häufig über viele Jahre erstreckendes Rechtsverhältnis damit begründen zu lassen [12]).

Das folgt schon aus dem völligen Fehlen einer gesetzlichen Regelung der Rechtsbeziehungen während der Zwischenzeit. Folgende Fragen tauchen auf: Welcher Haftungsmaßstab und welcher Haftungsgrund besteht, wenn während der langen Optionsfrist eine Verschlechterung des Gegenstandes, auf den sich die Option bezieht, eintritt, oder dieser dem Optionsgebundenen abhanden kommt? Welches Schicksal erleidet dann der Antrag? Welche Rechtsbehelfe hat der Berechtigte etwa unter derartigen Umständen? Eine Regelung dieser Fragen war unbedingt erforderlich; sie konnte sich eben nur unter der Voraussetzung einer schnellen Abwicklung dieses Rechtsverhältnisses erübrigen.

Die Feststellung schließlich, daß nach dem Grundsatze „volenti non fit injuria" [13]) die mehr oder weniger lange Ausdehnung der Bindung an die Vertragsofferte getrost dem Willen der Parteien überlassen werden könne, ist an sich zwar gerechtfertigt. Mit dieser im Grunde selbstverständlichen Feststellung ist aber noch nichts gesagt über die Schranken, die das Gesetz einer selbständigen Parteigestaltung gegenüber zieht, insbesondere dann, wenn es sich um allzugroße Antragsfristen handelt.

Immerhin soll allein auf diese Bedenken, auf die zuerst Stintzing hingewiesen hat, unsere Ablehnung nicht gestützt werden. Ein anderer Gesichtspunkt erscheint wesentlicher. Mit der theoretisch denkbaren Zulässigkeit dieser juristischen Konstruktion ist noch nichts für ihre tatsächliche Bedeutung und ihren prakti-

---

[11]) Dies erklärt sich aus der geschichtlichen Entwicklung. Das gemeine Recht kannte eine Gebundenheit des Antragenden nicht; solange ihm nicht die Annahmeerklärung des Antragsempfängers zugegangen war, konnte er den Antrag widerrufen.

[12]) So auch jetzt Oertmann vgl. unten S. 18.

[13]) Staudinger Komm. BGB I § 148 Bem. 2; Dernburg, Bürg. Recht Allg. Teil § 129 Anm. 20.

schen Wert erwiesen. Gerade in dieser Hinsicht bestehen m. E. durchschlagende Bedenken.

Der Optionsvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag. Stellung der befristeten Offerte und Hingabe des Bindungsgeldes stehen als Leistung und Gegenleistung in einem Austauschverhältnis zueinander. Die Tätigkeit des Optionsgebundenen erschöpft sich einzig und allein in der Abgabe eines auf bestimmte Zeit unwiderruflichen Vertragsantrages [14]). Der Optionsberechtigte andererseits hat das vereinbarte Bindungsgeld zu leisten und ist im übrigen in seiner Entschließung frei, ob er von der ihm verliehenen Rechtsmacht Gebrauch machen will. Nur darin bestehen die beiderseitigen Leistungen der Parteien vom Standpunkte der Antragstheorie aus.

Nebenpflichten, insbesondere etwa Bereitschafts- und Sorgfaltspflichten hinsichtlich des Vertragsgegenstandes, auf den sich die Option bezieht, bestehen für den gebundenen Vertragsteil nicht. Der Versuch, derartige Pflichten aus dem Optionseinräumungsvertrage herzuleiten, muß scheitern. Dieses Vertragsverhältnis ist mit Abgabe der bindenden Offerte erfüllt und erloschen.

Zu fragen wäre lediglich, ob dem Optionsgebundenen die angedeuteten Pflichten nicht sinngemäß auf Grund seiner Gebundenheit an den Vertragsantrag obliegen. Diese Frage stellen, heißt sie verneinen. Auf Grund des bloßen Antrages, der Gebundenheit des Antragenden, entsteht für den Antragsempfänger lediglich ein Recht, eine „Rechtslage" [15]), nicht aber eine Forderung, ein Anspruch im Sinne des § 241 BGB [16]). Ein eigentliches Schuldverhältnis wird durch die Offerte nicht hergestellt. Eine obligatorische Verpflichtung des Antragstellers zu einem bestimmten Verhalten entsteht erst, wenn mit dessen Annahme aus dem einseitigen Antrage ein zweiseitiger Vertrag geworden ist. Vorher muß der Antragsteller infolge seiner Gebundenheit lediglich die Annahme seines Antrages gegen sich gelten lassen [17]).

Ein Beispiel veranschaulicht die sich infolge des Fehlens obligatorischer Pflichten ergebenden Folgerungen. Es ist die Frage,

---

[14]) Pfeiffer in DNotZ. 1911, 675.

[15]) Als „Rechtslage" im Gegensatz zu einem abtretbaren Recht wird die Befugnis des Antragsempfängers in RG Gruch. Beitr. 53, 833, RG in JW 1911, 752, Pfeiffer in DNotZ. 1911, 676 bezeichnet.

[16]) RGRKomm. BGB § 145 Bem. 2. v. Tuhr Allg. Teil I § 62, 467. Raape, Wollensbedingung S. 40.

[17]) Nipperdey, Kontrahierungszwang S. 20 f.

welche Ersatzansprüche etwa der Optionsberechtigte erlangt, wenn der Optionsgebundene den Vertragsgegenstand, das Gebäude, auf das sich die Kaufoption bezieht, infolge Unachtsamkeit vernichtet?

Sehr oft werden in diesem Fall die Voraussetzungen des § 306 BGB erfüllt sein; es wird ursprüngliche objektive Unmöglichkeit der Vertragsleistung anzunehmen sein. Der Vertrag wäre von vornherein auf eine unmögliche Leistung gerichtet und würde jeder rechtlichen Wirksamkeit entbehren. Das Optionsrecht wäre damit illusorisch gemacht. Denn dem Gläubiger würde lediglich nach Maßgabe der Vorschrift des § 307 BGB ein Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses gegeben sein. Zudem werden dem Optionsberechtigten in den allerwenigsten Fällen auf Grund dieser Bestimmung Ersatzansprüche zustehen; denn regelmäßig wird auch er durch den Optionsgebundenen v o r Ausübung der Option Kenntnis von der inzwischen eingetretenen Unmöglichkeit erhalten, dann aber entfällt jeder Ersatzanspruch. Im Gegenteil erscheint es noch zweifelhaft, ob der Optionsgläubiger in diesem Fall berechtigt ist, das von ihm gezahlte Bindungsgeld aus dem Gesichtspunkt einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzufordern. — Die Voraussetzungen, um gemäß § 826 BGB wegen sittenwidriger Schadenzufügung Ersatz zu fordern, werden in den seltensten Fällen — nachweisbar — vorliegen.

Das geschilderte Ergebnis, daß der Optionsberechtigte im Grunde trotz seiner einseitigen Gestaltungsmacht (Gestaltungsrecht) wehrlos jeder schädigenden Handlung des Optionsgebundenen ausgesetzt sein soll, ist unhaltbar. Das kommt den Anhängern der Antragstheorie zum Teil auch selbst zum Bewußtsein. Einen Ausweg aus diesem Konflikt meint man [18]) durch analoge Heranziehung der Vorschriften über bedingte Berechtigungen — insbesondere des § 160 BGB — zu finden. Nach § 160 Abs. 1 BGB kann der unter einer „aufschiebenden Bedingung Berechtigte" im Falle des Eintritts der Bedingung Schadenersatz von dem anderen Teile verlangen, wenn dieser während der Schwebezeit das von der Bedingung abhängige Recht durch sein Verschulden vereitelt oder beeinträchtigt.

„Aufschiebend berechtigt" wäre also der Antragsempfänger = Optionsberechtigte, und bedingt wäre die Gesamtheit seiner Ansprüche aus dem angebahnten Vertragsschluß. Es ist nicht zu verkennen, daß auf diesem Wege hinsichtlich der gerügten Mängel

---

[18]) Winterscheidt a. a. O. S. 108; Krüger a. a. O. S. 30, 28.

Abhilfe geschaffen wird; auf der anderen Seite ist es nicht zu verstehen, wenn hier Einzelvorschriften aus dem Gebiet der bedingten Berechtigung herangezogen werden, obwohl es wegen grundsätzlicher Verschiedenheit des Tatbestandes abgelehnt wird [19]), das Optionsverhältnis mit der Figur der wollensbedingten Berechtigung zu erklären.

Nicht anders liegt der Fall, wenn der Antragende = Optionsgebundene den Optionsberechtigten an der Ausübung der Option (Annahme des Vertragsantrages) hindert. Der Antragsteller braucht hier nur für außervertragliches Verschulden einzustehen und zwar nur auf dem Wege über § 826 BGB. Einen Ausweg aus diesem Konflikt vermögen die Anhänger der Antragstheorie auch hier nur wieder durch Heranziehung der Vorschriften über bedingte Berechtigungen, jetzt aber des § 161 Abs. 1 BGB zu finden. Hiernach gilt die Bedingung als eingetreten (die Option als ausgeübt (!)), wenn sie von der Partei, zu deren Nachteil sie gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert wird!

Dieses durch widerspruchsvolle Vorgehen erzielte Ergebnis zeigt schlagend die auch methodische Fehlerhaftigkeit der Antragstheorie.

Ebenso große Bedenken wie gegen die Antragstheorie müssen auch gegen einen anderen, auf der gleichen Basis liegenden Konstruktionsversuch geltend gemacht werden. Man sucht das Optionsverhältnis „als vertragliche Einräumung" eines Gestaltungsrechts zur einseitigen Gestaltung des Hauptvertrages ohne Einkleidung desselben in den Tatbestand eines gesetzlich normierten Gestaltungsrechts" zu erklären. Oertmann [20]) hat sich mit dieser Lehre von der durch ihn selbst zuvor begründeten Antragstheorie abgewendet. Grund für die Änderung seiner Stellungnahme ist ein Gesichtspunkt gewesen, auf den bereits oben hingewiesen wurde. Es ist das Bedenken, daß der auf Grund der Option (des bindenden Vertragsantrages!) erfolgende Vertragsschluß so ungewöhnlich lange Zeit (Überlegungsfrist) in der Schwebe bleiben soll.

Das Wesen und die Bedeutung des von der Rechtslehre geprägten Begriffes eines Gestaltungsrechtes ist bereits hinreichend erörtert worden [21]). Bei Betrachtung der reinen Gestaltungsrechts-

[19]) insbes. Krüger a. a. O. S. 8.

[20]) Nach persönlichen Mitteilungen an Krüger a. a. O. S. 18 Anm. 1, S. 19.

[21]) oben S. 14.

theorie [22]) muß vor allem die Frage aufgeworfen werden, inwieweit überhaupt über die vom Gesetz vorgesehene Formen hinaus eine freie, nur dem Willen der Vertragsparteien überlassene Neubegründung von Gestaltungsrechten rechtlich möglich und zulässig erscheint.

Inhaltlich stellt ein derartiges Gestaltungsrecht eine Berechtigung dar, der nicht eine gegenwärtige Verpflichtung des Gegners gegenübersteht, und deren rechtliche Wirkungen ihren Entstehungsgrund lediglich in der einseitigen Erklärung des Berechtigten haben. Nicht um einen obligatorischen Anspruch handelt es sich bei einem solchen „Rechte", sondern um eine einseitige Gestaltungsmacht des Berechtigten. Es stellt ein besonders geartetes Eingriffsrecht in die Rechtssphäre des Unterworfenen dar. Dieser begibt sich mit der Einräumung eines Gestaltungsrechts insoweit völlig seiner Handlungsfreiheit.

Bei dieser Sachlage erscheint es außerordentlich zweifelhaft [23]), ob ein derartiges Recht noch dem Schuldrecht zuzurechnen und hinsichtlich der freien Parteischöpfung wie dieses zu behandeln ist.

Daß die Anzahl der dinglichen Rechte im BGB abschließend aufgezählt und keiner Erweiterung durch Parteivereinbarung fähig ist, ist anerkannt. Dehnt man dieses Prinzip des numerus clausus aus den angeführten Gründen auch auf die im Gesetz vorgesehenen Tatbestände der Gestaltungsrechte aus, so ist damit die „reine" Gestaltungsrechtstheorie zu Fall gebracht. Die Vereinbarung eines Gestaltungsrechts ohne Einkleidung desselben in einen gesetzlich vorgesehenen Tatbestand erscheint unzulässig; es müßte vielmehr eine Rückkehr zur Lehre vom Gestaltungsrecht in Form eines Vertragsantrages erfolgen. Aber auch wenn man grundsätzlich die Möglichkeit einer willkürlichen Neubegründung von Gestaltungsrechten zulassen wollte, so würde eine rechtliche Erklärung des Optionsverhältnisses auf diesem Wege auch nicht gefunden werden können. Das Optionsgestaltungsrecht ohne Zuhilfenahme der Figur der Vertragsofferte zeigt bei näherem Zusehen die gleichen bei dieser Rechtsfigur bereits erörterten Mängel [24]).

Denn es läßt sich nicht verkennen, daß diese Art der Konstruktion lediglich eine Variation der Antragstheorie darstellt.

---

[22]) Theorie eines Gestaltungsrechts, losgelöst von der Figur des Vertragsangebotes.

[23]) vgl. hierzu: Walsmann in Jh. Jahrb. 54, 224; Seckel a. a. O. S. 218 f.

[24]) vgl. oben S. 15.

Die gleichen durchschlagenden Einwände und Bedenken wie gegen diese, müssen daher auch zu ihrer Ablehnung führen. Die schon vorhandenen Schwierigkeiten würden dadurch noch vermehrt, daß es für dieses Rechtsverhältnis an jeder gesetzlichen Normierung fehlt.

§ 4

Der Optionsvertrag ein einseitig verpflichtender Vorvertrag.

Auf Grund der bisher erörterten Konstruktionsversuche war es nicht möglich, eine befriedigende Antwort auf die Frage nach der Rechtsnatur der Option zu finden. Das wird uns jedoch auf einem anderen Wege durch Heranziehung der Rechtsfigur des Vorvertrages gelingen.

Der Begriff des Vorvertrages ist von jeher umstritten. Im geltenden Recht fehlt es im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen an einer gesetzlichen Regelung dieses Begriffs [1]).

Die Lehre vom Vorvertrage geht auf Thöl [2]) zurück, der mit diesem neuartigen Ausdruck zunächst nur das gemeinrechtliche pactum de contrahendo verdeutschen wollte. Es sollte damit nicht eigentlich ein neuer, von dem des pactum dc contrahendo verschiedener Begriff aufgestellt werden. Infolgedessen wurde der Vorvertragsbegriff notwendig zu farblos und allgemein „als ein Vertrag des Inhalts, daß ein Vertrag geschlossen werden soll, als gegenwärtiger Vertrag, welcher einen künftigen Vertrag verspricht" bestimmt [3]).

In Anlehnung an Thöl hat Degenkolb [4]) die Lehre vom Vorvertrage weiter fortgebildet. Ebenfalls vom Sprachgebrauch ausgehend entwickelt er die logische Grundlage des Begriffes. Das pactum de contrahendo geht nach Degenkolb auf Kontrahieren, d. h. es erzeugt begriffsnotwendig den Anspruch auf Abschluß des

---

[1]) Der Begriff des Vorvertrages ist geregelt in § 936 österr. BGB. Auch schon Preuß. allg. Landr. I, 11 § 653 ff. Sächs. BGB 99, 1067 ff. Art. 22 Schweiz. Obl.R. „durch Vertrag kann die Verpflichtung zum Abschluß eines künftigen Vertrages begründet werden."

[2]) Handelsrecht § 246.

[3]) Thöl a. a. O. S. 187, 188.

[4]) in Arch. Ziv. Prax. Bd. 71, 1 ff.

von ihm bezeichneten Kontraktes [5]). Beide Parteien sind beim zweiseitigen Vorvertrag verpflichtet, durch ihre beiderseitige Mitwirkung den sog. Hauptvertrag zustandezubringen. Dessen Abschluß ist Erfüllungshandlung des durch den Vorvertrag begründeten Schuldverhältnisses. Degenkolb sieht den Vorvertrag nicht als einen Vertrag sui generis an, sondern erblickt eine Besonderheit dieses Vorvertrages lediglich in der Eigenart der durch ihn versprochenen Leistung, die in der Abgabe einer Willenserklärung besteht.

Danach wäre rein logisch betrachtet der zweiseitig bindende Vorvertrag mit der Eigenart der durch ihn begründeten Verpflichtung zu jeder Art von Verträgen, also auch solchen dinglichen oder familienrechtlichen Charakters denkbar. Aus Gründen sachlicher Abgrenzung beschränkt jedoch mit Recht die überwiegende Meinung Vorverträge auf das Gebiet der Schuldverhältnisse [6]).

Aber damit nicht genug will man noch eine weitere Unterscheidung treffen, je nachdem es sich um Real- oder Konsensualverträge handelt [7]). Während man eher geneigt ist, bei Realverträgen die Existenz von Vorverträgen zu bejahen, hat man gegen die logische Möglichkeit und Daseinsberechtigung eines Vorvertrages bei Konsensualverträgen heftig Stellung genommen [8]). Bei der Einräumung einer Option handelt es sich regelmäßig um einen Vorvertrag vor einem Konsensualvertrag.

Die gegen den Vorvertrag vor einem Konsensualvertrag erhobenen Angriffe [9]) gehen durchweg in der gleichen Richtung. Es ge-

---

[5]) Degenkolb a. a. O. S. 7.

[6]) Dernburg, Bürg. R. II, 1 § 83. Regelsberger in Endemanns Handb. II, 420. Endemann I, 617. Bruck in Arch. Bürg. R. 20, 34. — Anderer Ansicht Degenkolb a. a. O. S. 20, sowie Fischbach in Arch. Bürg. R. 41, 165, der z. B. das Verlöbnis als einen Vorvertrag zur Ehe ansieht.

[7]) Gewisse schuldrechtliche Vertragsformen, Darlehen, Leihe werden als Realverträge bezeichnet. Sie kommen nicht schon mit der Willenseinigung der Parteien zustande, sondern erst mit dem Hinzukommen eines weiteren tatsächlichen vertragsbegründenden Momentes, wie z. B. Hingabe des Darlehns. Schmidt § 94.

[8]) Schlossmann in Jh. Jahrb. 45, 89. Bechmann, Kauf II, 283. Förster-Eccius Pr. Privatr. § 77. Vgl. die bei Degenkolb a. a. O. S. 21 Anm. 32 Zitierten. Abweichend: Regelsberger, Zivilrechtl. Erörterungen S. 132.

[9]) Nach v. Tuhr Allg. Teil II § 62 S. 493, 494 kann zwar durch Vertrag die Verpflichtung zum Abschluß eines obligatorischen Vertrages begründet werden. Die Annahme eines Vorvertrages, wenn dessen Parteien die gleichen wie die des Hauptvertrages seien, bedeute jedoch einen überflüssigen Umweg.

nügt daher, auf die Argumente Schlossmanns, der sich mit besonderer Heftigkeit gegen diese Rechtsfigur gewendet hat, einzugehen. Nach seiner Ansicht ergibt sich die Haltlosigkeit dieser Rechtsform aus folgendem. Man könne in Wahrheit von einem Vorvertrage überhaupt nie sprechen; der vermeintliche Vorvertrag falle vielmehr stets begriffsnotwendig mit dem sog. Hauptvertrage zusammen. Auch der scheinbare Vorvertrag bedürfe zu seiner Gültigkeit hinreichender Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit, infolgedessen müsse er schon den wesentlichen Inhalt des Hauptvertrages enthalten. Da aber auch ein Hauptvertrag möglich sei, der nur einzelne Punkte regele und den sonstigen Inhalt einer späteren Vereinbarung vorbehalte, so könne darin kein Kriterium des Vorvertragsbegriffes gefunden werden [10]). Der gegenwärtige Vertragswille gehe sogleich auf Abschluß des Hauptvertrages, denn die Parteien könnten doch gar kein Interesse daran haben, „ihr Ziel, daß sie einfacher durch einen Vertrag mit Nebenbestimmungen erreichen könnten, durch einen zweifachen Vertragsschluß zu erreichen". „Als überflüssiger Umweg könne der Vorvertrag von der Rechtsordnung auch dann nicht anerkannt werden, wenn er ausnahmsweise einmal von den Parteien gewollt sei"; auch dann sei dieser Vertrag als wahrer Kaufvertrag zu behandeln [11]).

Schloßmann verkennt m. E. einmal den tatsächlich nicht zu leugnenden Unterschied zwischen einem gegenwärtigen und einem künftigen Vertragswillen der Parteien. Im übrigen aber hängt unsere Entscheidung von der allgemeinen Frage ab, welche Grenzen trotz des im Privatrecht herrschenden Grundsatzes der Vertragsfreiheit dem Willen der Parteien zur Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen gesetzt sind. Nach Schlossmann „braucht sich die Rechtsordnung nicht zur Dienerin der Launen absonderlicher Wünsche der Parteien herzugeben", während Siber [12]) der Meinung ist, „daß unter der Herrschaft der Vertragsfreiheit auch Über-

[10]) Auf vorvertragsfeindlichem Standpunkt auch Art. 1589 Code civil „La promesse de vente vaut vente lorsqu'il il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix.

[11]) Schlossmann a. a. O. S. 7.

[12]) Siber in Arch. Ziv. Prax. 70, 249/250. Darauf hat auch schon Degenkolb hingewiesen. Die Tatsache allein, daß sich das Ziel der Parteien möglicherweise (!) auf einem zweckmäßigeren (?) Wege erreichen läßt, kann nicht entscheidend sein. „Wer will der Partei in jedem Falle zumuten, den kürzesten Weg zu kennen? Selbst Juristen kennen ihn nicht immer." Degenkolb a. a. O. S. 31.

flüssiges vereinbart werden könne. (Der Vorvertrag sei jedoch nicht überflüssig.)

So wird denn auch überwiegend von der Wissenschaft [13]) und Rechtsprechung [14]) die rechtliche Möglichkeit und Zulässigkeit von Vorverträgen zu Konsensualverträgen anerkannt. Das ist auch die Ansicht der Motive [15]).

Soweit der zweiseitig bindende [16]) Vorvertrag [17]).

Mehr als dieser hat der einseitig bindende Vorvertrag in der Rechtslehre Anerkennung gefunden. Auch von grundsätzlichen Gegnern des ersteren wird seine Daseinsberechtigung verteidigt [18]) als besonders geeignetes Mittel zur einfachen Herbeiführung von Rechtsfolgen, die anders bei sofortigem Abschluß des Hauptvertrages nur durch unerwünschte Verklausulie-

---

[13]) Dernburg Bürg. R. II, 1 § 83, 183. Enneccerus Bürg. R. § 153 IV. Einschränkend Adler in Jh. Jahrb. 31, 22 ff. Göppert in Krit. VJ. Schr. 14, 400. Crome I § 90 S. 405/406. Regelsberger in Endemanns Handb. § 243 S. 418. Cosack-Mitteis Bürg. R. I § 131. Staub Komm. HGB § 361 Anm. 87. Soergel, Komm. BGB § 305 Anm. 6.

[14]) RGZ 66, 120. 81, 134.

[15]) „Von einer allgemeinen Regelung des Vorvertrages (Öst. GB § 936, Bayr. Entw. Th. II, Art. 18—19, Hess. Entw. Abt. 85, 86) ist mangels zureichenden Bedürfnisses abgesehen. Daß ein Vorvertrag sowohl bei Realverträgen, soweit solche anerkannt werden, als bei Konsensualverträgen möglich u. zulässig ist, kann ebensowenig zweifelhaft sein, wie daß ein solcher Vertrag nur dann gültig ist, wenn der Inhalt des künftigen Vertrages, welcher auf Grund desselben geschlossen werden soll, genügend bestimmt ist."

[16]) Als zweiseitig bindender Vorvertrag wird der Vertrag bezeichnet, der beide Parteien zum Abschluß des Hauptvertrages verpflichtet im Gegensatz zum einseitig bindenden Vorvertrag, bei dem nur eine Partei zum Vertragsabschluß verpflichtet ist.

[17]) Der Vorvertrag bezweckt die Herbeiführung des Hauptvertrages. Von anderen Rechtserscheinungen, die dem gleichen Zweck dienen, ist er streng zu unterscheiden. Unter Traktaten versteht man formlose Besprechungen der Parteien über einen beabsichtigten Vertrag, während Punktationen bereits schriftliche Aufzeichnungen über einzelne Vertragspunkte darstellen. Diesen beiden Unterhandlungsstadien fehlt jedoch der bindende Rechtscharakter. Ein Unterschied besteht auch gegenüber dem sog. „vorbereitenden Rechtsverhältnis" (RGZ 78, 239). Lediglich beim Vorvertrag sind sich die Parteien über den wesentlichen Inhalt des Hauptvertrages einig. „Während der Vorvertrag ein bindender Vertrag ist, sind beim vorb. Rechtsverhältnis Zweck und Parteiwille erst auf einen solchen Vertragsschluß gerichtet" (Fischbach in Arch. Ziv. Prax. 41, 165. RGZ 124, 83).

[18]) Bechmann, Kauf II S. 271. Stintzing, Vorverpflichtung S. 22. Förster-Eccius, Pr. Privatr. § 77 S. 4434.

rung erreicht werden könnten. „Vereinfachung aber heißt allemal Sicherung gegen Unvollständigkeit und Irrung“ [19]).

Daneben hat es freilich nicht an Versuchen gefehlt, auch den einseitigen Vorvertrag durch andere — scheinbar zweckmäßigere — Rechtsformen zu ersetzen. Nach Schlossmann [20]) übertrifft die langfristige Offerte mit dem ihr innewohnenden Gestaltungsrecht die Figur des einseitigen Vorvertrages an Brauchbarkeit. Adler [21]) wiederum weist auf die Ähnlichkeit mit einem unter der Billigung des Berechtigten bedingt geschlossenen Vertrag hin [22]). Roth schließlich meint, aus den gleichen Erwägungen den Vorvertrag wegen des vermeintlichen Umweges ablehnen zu müssen. Wir brauchen auf diese Einwände und Bedenken nicht weiter einzugehen. Daß Vertragsantrag und wollensbedingte Berechtigung nicht zur rechtlichen Erklärung des Optionsgeschäftes herangezogen werden können, glauben wir nachgewiesen zu haben [23]). Für uns ist die Vorvertragskonstruktion auch nur Mittel zum Zweck; uns geht es ja um die rechtliche Erklärung der Option.

Die Gedankengänge Stampes [24]) führen uns nicht weiter. Er ist der Meinung, daß der Vorvertrag ein Gestaltungsrecht zum selbständigen Zustandebringen des Hauptvertrages erzeuge. Ohne nähere Begründung hat Stampe damit seinen ursprünglichen — und nach unserer Ansicht zutreffenden — Standpunkt [25]) verlassen, wonach auf Grund eines Vorvertrages lediglich ein Anspruch auf Abschlußtätigkeit des Gegners entstehe. An diesem von Stampe aufgegebenen Standpunkte hat dagegen die überwiegende Meinung im Schrifttum festgehalten [26]).

Für den Gläubiger aus dem Hauptvertrage entsteht lediglich ein obligatorischer Anspruch gegen den anderen Teil auf die erforderliche Mitwirkung beim Zustandebringen des Hauptvertrages.

Gegen den skizzierten Begriff des einseitig bindenden Vorvertrages hat sich schließlich Stintzing gewandt [27]). Nach seiner Meinung erkennt man mit diesem Begriff in Wahrheit eine „Ver-

[19]) Degenkolb a. a. O. S. 7.
[20]) Schlossmann a. a. O. S. 7.
[21]) Adler in Jh. Jahrb. 31, 243.
[22]) Roth, Vorvertrag S. 164.
[23]) vgl. oben § 2, 3.
[24]) Stampe in Arch. Ziv. Prax. Bd. 108, 69.
[25]) Freirechtsbewegung S. 40.
[26]) vgl. die oben § 4 Anm. 6 Zitierten.
[27]) Stintzing, Vorverpflichtung Vorbem. IV.

pflichtung ohne Rechtsgrund" an. Darum hat er seinerseits stattdessen den Begriff der „Vorverpflichtung" geprägt. Dies auch aus dem Grunde, weil die Verpflichtung häufig nicht auf einem selbständigen Vertrage beruhe, sondern Bestandteil eines weitergehenden Schuldverhältnisses sei.

Im Widerstreit der Meinungen ist nach Stintzing nicht die Verpflichtung zum contrahere zur Abgabe einer Willenserklärung, Inhalt des sog. Vorvertrages. Die entscheidende Willenserklärung habe der Schuldner vielmehr schon mit der Übernahme seiner Gebundenheit abgegeben. „Die Vorverpflichtung wird nicht durch eine Konsenserklärung des Verpflichteten erfüllt, sondern dadurch, daß der Schuldner sich nach Treu und Glauben bereit und fähig hält, das zu leisten, was er nach dem sog. Hauptvertrag zu leisten hat" [28]).

Damit ist vom Standpunkte Stintzings eine förmliche Willenserklärung des Schuldners, in den Hauptvertrag eintreten zu wollen, — oder im Falle seiner Weigerung Verurteilung zur Abgabe dieser Erklärung gemäß § 894 ZPO — nicht erforderlich, sondern im Gegenteil überflüssig.

Einer solchen Erklärung würde ja nur die Bedeutung eines Anerkenntnisses, einer feierlichen Beteuerung zuzumessen sein. Denn schon von Anfang an besteht nach Stintzings Auffassung eine Verpflichtung des Schuldners zur Leistungsbereitschaft, die sich auf Aufforderung des Berechtigten in eine Erfüllungspflicht verwandelt. „Die ganze Verpflichtung ist eine einheitliche mit zwei Stadien, aber nicht eine Mehrheit von selbständigen Schuldverhältnissen". An einem Unterschied zwischen der Vorverpflichtung und der Hauptvertragspflicht fehlt es hiernach in jedem Falle, der Berechtigte ist sofort wahrer Gläubiger des Hauptvertrages.

Wenn Stintzing folgerichtig die abstrakte Natur eines Vorvertragsverhältnisses verneint, so kann dem nur beigepflichtet werden. Nicht aber seinen weiteren Folgerungen, die nur dadurch verständlich werden, daß er als charakteristische Merkmale des einseitig verpflichtenden Vorvertrages (der „Vorverpflichtung") die Unentgeltlichkeit der Verpflichtungsübernahme und die nicht näher abgegrenzte Zeitdauer der Gebundenheit ansieht.

Nur von diesem Ausgangspunkt ist es überhaupt möglich, die Frage nach der causa, dem Rechtsgrund dieser Verpflichtung, auf-

---

[28]) Stintzing a. a. O. S. 25 f.

zuwerfen [29]). Die Erwägungen Stintzings treffen jedoch in keiner Weise für den Tatbestand der Option zu. Zweifel über ihren Rechtsgrund können nicht auftauchen. Die Übernahme der sich aus dem Optionsvertrag ergebenden Verpflichtungen erfolgt nach der Verkehrsanschauung ausnahmslos gegen ein Entgelt. Bei Fehlen dieses Tatbestandsmerkmales ist es nicht üblich, von einer Option zu sprechen.

Weitere Voraussetzung für die Wirksamkeit eines Optionsgeschäftes ist ferner in jedem Falle die Bestimmung oder die Bestimmbarkeit einer Zeitdauer für die Gebundenheit des Schuldners [30]). Auf Stintzings Gedankengänge, der bei Fehlen einer zeitlichen Begrenzung der Gebundenheit die „Vorverpflichtung" einer wollensbedingten Berechtigung gleichstellen will [31]), braucht daher nicht weiter eingegangen zu werden.

Die Option ist ein auf wirtschaftlichen Güteraustausch gerichtetes Umsatzgeschäft [32]). Einer wirtschaftlich wertbaren Leistung, nämlich der Gebundenheit des Schuldners, steht als Gegenleistung das schon erwähnte Options- oder Bindungsgeld gegenüber.

Nach dem Willen der Parteien wird diese Gebundenheit jedoch nur dann selbständig gewertet, wenn dem Optionsgeschäft ein Hauptvertrag nicht nachfolgt. Das Bindungsgeld wird regelmäßig als Entgelt nur für die ungenützt verstrichene Gebundenheit des Optionsschuldners vereinbart [33]).

Zur Kennzeichnung sei noch folgendes hervorgehoben. Infolge der Gebundenheit, der Beseitigung der Entschlußfreiheit des Schuldners, entsteht eine Rechtslage zugunsten des Berechtigten, für welche das ihr innewohnende besondere spekulative Moment charakteristisch ist [34]). Der wirtschaftliche Wert für den Gläubiger besteht einmal darin, daß er sich für die Zukunft die Befriedigung von jetzt noch nicht übersehbaren Bedürfnissen ohne eigenes

---

[29]) vgl. hierzu v. Tuhr, Allg. Teil III § 74.

[30]) Auf diese Frage ist noch in anderem Zusammenhang einzugehen, s. u. S. 32 ff.

[31]) Zu dieser Frage ist bereits Stellung genommen oben § 2.

[32]) Oertmann in Kart. d. Wirtschaftsrechts unter b.

[33]) Das wird noch in anderem Zusammenhang eingehend zu erörtern sein unten § 5.

[34]) Göppert in Krit. VJ. Schr. Bd. 14, 420. Wegen dieser Eigenschaft hat das Optionsgeschäft auch bei einer bestimmten Art von Börsenprämiengeschäften den sog. Nochgeschäften, Eingang gefunden. Vgl. Kohler Bürg. R. II, 234.

Risiko versprechen läßt, zum anderen, daß für ihn als Selbstzweck[35]) die Möglichkeit besteht, in bestimmter Weise auf die Gestaltung von Rechtsverhältnissen Einfluß zu nehmen. Infolge der Option kann der Berechtigte damit andere Rivalen im Wirtschaftskampf von einer Einflußnahme auszuschließen, ohne selbst vorerst ein zu großes wirtschaftliches Risiko einzugehen.

Auf Grund der obigen Gedankengänge gelangen wir auch zu einer schlüssigen Ablehnung der häufig vertretenen, aber m. E. unzutreffenden Auffassung[36]), daß der Vorvertrag seine causa dem nachfolgenden Hauptvertrag entlehne oder diese zumindest für den Vorvertrag mitbestimmend sei. Gegenüber dieser Ansicht muß festgehalten werden: Trotzdem der Vorvertrag im Verhältnis zum Hauptvertrag vorbereitende Natur besitzt, bleibt er doch ein juristisch selbständiger Vertrag. Dem steht auch nicht die Tatsache entgegen, daß der Vorvertrag als Nebenabrede Bestandteil eines anderen Hauptvertrages sein kann[37]).

Im übrigen aber wird der Tatbestand des Optionsgeschäftes, das nach unserer Ansicht dem Begriffe des einseitig bindenden Vorvertrages unterzuordnen ist, bestimmt durch die Eigenart seines Leistungsinhaltes. Dieser besteht in der Verpflichtung zur Abgabe einer Willenserklärung. Darin allein erschöpft sich jedoch nicht die Schuldnerpflicht des Optionsgebundenen; hierauf hat Stintzing mit Recht hingewiesen[38]).

Allerdings können Stintzings Gedankengänge für uns nur insoweit Bedeutung erlangen, als sie nicht darauf abzielen, die Selbständigkeit des Vorvertrages und damit des Optionsgeschäftes, sowie der sich aus ihm ergebenden Verpflichtung zu leugnen und an dessen Stelle ein „einheitliches Schuldverhältnis mit zwei Stadien" zu setzen. Der Schuldner ist aus dem Optionsvertrage verpflichtet, an der Herbeiführung des Hauptvertrages, sofern der Berechtigte von seiner Befugnis Gebrauch macht, mitzuwirken und an seinem Teile alles zur Erreichung dieses Zieles Erforderliche zu tun. Der Verpflichtete hat sich mit Stintzing nach Treu und Glauben bereit und fähig zu halten, das zu leisten, was ihm

---

[35]) d. h. er beabsichtigt beispielsweise garnicht bestimmte Sachen zu erwerben, sondern will nur verhindern, daß ein anderer diese Sachen erwirbt.

[36]) Degenkolb a. a. O. S. 69. Hiergegen auch Kress, Schuldrecht S. 93.

[37]) Thöl a. a. O. S. 189.

[38]) Stintzing a. a. O. S. 25 f., Becker, Komm. Schweiz. Obl.R. Art. 22 Bem. V.

nach abgeschlossenem Hauptvertrag zu leisten obliegen würde [39]).

Schon mit der Einräumung der Option an den Vertragspartner trifft den Schuldner eine Bereitschaftspflicht, während eine Erfüllungspflicht für ihn erst mit dem Hauptvertrage entsteht. Der Inhalt dieser Bereitschaftspflicht, für deren Übernahme das Bindungsgeld die Gegenleistung darstellt, besteht vor allem darin, daß der Schuldner alles zu vermeiden hat, was die Erreichung des Hauptvertragsschlusses und des letzten Endes durch diesen bezweckten wirtschaftlichen Erfolg gefährden oder vereiteln könnte. Das bedeutet, daß er die Sachen, auf die sich die Option bezieht, nicht durch schuldhaftes Handeln oder Unterlassen zerstören, beschädigen oder sonst irgendwie in ihrem Werte mindern darf. Er ist ferner gehalten, alle Verfügungen rechtlicher Art zu unterlassen, die ihn zur Leistung an den Optionsberechtigten außer Stand setzen würden.

Aus diesen Gedankengängen beantworten sich ohne Schwierigkeiten alle die Zweifelsfragen, deren methodische Lösung vom Standpunkte der Antragstheorie aus m. E. nicht erfolgen konnte. Für uns bedarf es keines weiteren Hinweises, daß es zu den Vertragspflichten des Schuldners aus dem Optionsvertrage auch gehört, das Zugehen der Optionserklärung nicht zu vereiteln oder zu erschweren. Ebenso zwangsläufig ergibt sich die Antwort auf die Frage nach Umfang und Maßstab der Haftung des Verpflichteten, wenn die für den Hauptvertrag vorgesehene Leistung vor Ausübung der Option und damit vor Zustandekommen des Hauptvertrages infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes unmöglich oder in sonstiger Weise beeinträchtigt wird. Für eine Haftung des Schuldners aus dem Hauptvertrage, der noch völlig in der Schwebe ist, fehlt es an jedem Anhaltspunkt. Sie ist lediglich aus dem vorbereitenden Rechtsverhältnis, dem Optionsvertrage, herzuleiten.

Mangels abweichender Vereinbarung hat der Schuldner somit auf Grund des „gegenseitigen Optionsvertrages" gemäß § 276 BGB für jedes Verschulden einzustehen; auch im übrigen müssen allgemeine Vertragsgrundsätze, die keine Besonderheit bieten, maßgebend sein. Die Besonderheit des hier behandelten Tatbe-

---

[39]) Becker Komm. z. Schweiz. Obl.R. Art. 22 Bem. V, 92, der jedoch nicht folgerichtig betont, daß auf „Abschluß des Hauptvertrages" zu klagen sei. Aus Gründen der Zweckmäßigkeit bejaht er die Möglichkeit, darauf zu klagen, „daß der Hauptvertrag als abgeschlossen anzusehen sei".

standes besteht vor allem — abgesehen von Nebenpflichten — in der Eigenart der geschuldeten Leistung, der Pflicht zur Abgabe einer Willenserklärung.

Auch eine so geartete Leistung kann Inhalt eines Schuldverhältnisses sein. Nach § 241 BGB kann ein Schuldverhältnis auf jede positive Tätigkeit, wie auch auf jedes Unterlassen gerichtet sein. Unter die erstere ist insbesondere auch die Vornahme von Handlungen zu zählen. Zu diesen gehört auch die Abgabe einer Willenserklärung [40]). Das ist auch die Ansicht des Gesetzgebers. Wenn nach der Vorschrift des § 894 ZPO eine Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung erfolgen kann, so wird damit ohne weiteres vorausgesetzt, daß die Verpflichtung zur Abgabe einer Willenserklärung Inhalt eines Schuldverhältnisses im Sinne des § 241 BGB sein kann.

Kurz einzugehen in diesem Zusammenhang ist schließlich noch auf den Versuch, den Stintzingschen Begriff der Vorverpflichtung einem allgemeineren Begriff unterzuordnen, nämlich dem des Kontrahierungszwanges. Dieses Vorgehen wird von Riezler [41]) vor allem mit dem Hinweis darauf begründet, daß Stintzing selbst einen Fall anerkennt, in dem die Verpflichtung zur Eingehung eines Vertrages nicht allein auf rechtsgeschäftlicher Grundlage beruhen, sondern auch Folge eines rein tatsächlichen Verhaltens sein kann. Ein Beispiel hierfür sei der Tatbestand des Überbaues (§§ 915 ff. BGB), wo der Überbauende auf Verlangen des Grundstückseigentümers kraft Gesetzes verpflichtet sei, den überbauten Grundstücksteil käuflich zu erwerben [42]). Wenn man aber einmal eine außervertragliche Entstehung des von Stintzing als Vorverpflichtung bezeichneten Tatbestandes für möglich halte, so müsse man folgerichtig die Figur der Vorverpflichtung ausnahmslos dem Begriff des Kontrahierungszwanges unterordnen.

Dieser auch schon früher unternommene Versuch [43]), das Gebiet des Kontrahierungszwanges verallgemeinernd im Privatrecht auszudehnen, ist auf allgemeine Ablehnung gestoßen. Nach Nipperdey [44]) kann man von einem Kontrahierungszwange nur sprechen, wenn der Zwang zu einem Vertragsschluß von der Rechts-

---

[40]) Breit in Gruch. Beitr. Bd. 45, 22. Soergel Komm. BGB § 241 Bem. 4.

[41]) Riezler bei Staudinger Komm. BGB I, Vorbem. 8 vor § 145.

[42]) Biermann in Jh. Jahrb. Bd. 32 S. 267; desgl. im Sachenrecht § 915 BGB Bem. 1.

[43]) Molitor in Jh. Jahrb. Bd. 73 S. 5/6.

[44]) Nipperdey, Kontrahierungszwang S. 26.

ordnung, unabhängig von einer Willensbildung des Gezwungenen, festgesetzt ist. Dagegen darf dieser sich nicht selbst gebunden haben, sodaß der Zwang nur Folge der eigenen Willensbildung ist. Die Rechtsform der Vorverpflichtung muß aus diesem Grunde ohne weiteres aus dieser Abgrenzung herausfallen. — Schließlich kann auch der Tatbestand des Überbaues nicht dem Begriff des Kontrahierungzwanges untergeordnet werden, denn wie Nipperdey mit Recht hervorhebt [45]), ist dies ein Sonderfall, „in dem eine von der Rechtsordnung nicht gewünschte Güterlagerung zu Ungunsten eines anderen im Wege des Vertrages von dem zu Unrecht Begünstigten wieder beseitigt werden soll".

Zusammenfassend ist somit festzustellen: Der Optionseinräumungsvertrag stellt sich juristisch als einseitig bindender Vorvertrag dar. Die Option verleiht nur eine Anwartschaft auf den Abschluß des Hauptvertrages. Der Schuldner ist infolge Eingehung der Option verpflichtet, die für den Hauptvertrag erforderlichen Willenserklärungen abzugeben, nicht aber kann der Optionsberechtigte kraft einseitiger Erklärung den Hauptvertrag zustandebringen [46]).

Der Unterschied des hier gefundenen Ergebnisses zu den bereits gewürdigten Konstruktionsversuchen einer bedingten Berechtigung oder eines Gestaltungsrechts auf Grund eines Vertragsantrages ist nicht zu verkennen. Dem Eintritt der Bedingung ebenso wie der Ausübung des Gestaltungsrechts kommt unmittelbare Wirkung zu [47]). Der Eintritt der Rechtswirkung wird in der Rechtssphäre des Gebundenen ohne dessen Zutun ausgelöst. Anders dagegen bei der Vorvertragskonstruktion, durch welche nur ein obligatorischer Anspruch auf Herbeiführung des Hauptvertrages entsteht. Der Berechtigte erhält keine besonders geartete

---

[45]) Nipperdey, Kontrahierungszwang S. 15, 17.

[46]) So Leonhard Schuldrecht § 47 S. 103. Cosack-Mitteis Bürg. R. I § 131 S. 344. Quassowski Komm. Aufwert.ges. S. 157. Auch die Rechtsprechung hat sich in zahlreichen Entscheidungen für die Vorvertragskonstruktion ausgesprochen: OLG München in OLG 17, 388. KG in OLG 23, 34. 44, 317. Bayr. Ob. LG Bd. 21, 310. Nr. 79. RG in Bank. Arch. 17, 190. RG in Markensch. u. Wettbew. XX, 34. OLG Stettin in Ring Rspr. Aufwert. 1926 Nr. 48 S. 103. RG in JW 1923, 9844. KG in JW 1925, 2253[1]. RG in LZ 1929, 1397. RGZ 106 Nr. 3 im österr. Recht: Schreiber in Gerichtshalle 1911 S. 521. Hasenöhrl, öst. Obl.R. S. 616. Krasnopolski-Kafka, öst. Obl.R. III, 74 Entsch. öst. ob. Gerichtshof v. 24. IV. 23 Bd. V Nr. 103. Zentralbl. 1920, 407.

[47]) Kress, Schuldrecht S. 94. Seckel a. a. O. S. 250.

Gestaltungsmacht, kraft deren er das Hauptvertragsverhältnis durch einseitige Erklärung zustande bringen könnte. Er erhält nur ein Anrecht, einen obligatorischen Anspruch [48]) auf entsprechende Mitwirkung des anderen Teils zur Herbeiführung des Hauptvertrages. Dieser ist zu einer vertragsschaffenden Handlung verpflichtet. —

Wie grundverschieden es sich auswirkt, ob man sich der einen oder der anderen Theorie anschließt, ergibt schon ein Beispiel. Kraft seiner Gestaltungsbefugnis kann der Berechtigte — ohne daß es auf eine Weigerung des Verpflichteten ankäme — das Hauptgeschäft einseitig begründen und dann ohne weiteres auf Leistung aus dem Hauptvertrag klagen.

Anders bei der Vorvertragskonstruktion: Da nur ein Anspruch auf Abgabe der erforderlichen Willenserklärung besteht, müßte bei Weigerung des Schuldners zunächst auf diese geklagt werden. Sie wird mit Rechtskraft des Urteils (§ 894 ZPO) ersetzt und dann erst könnte auf die Leistung aus dem Hauptvertrag geklagt werden. Es liegt nahe, gegen diese Art der Konstruktion einzuwenden, es sei ein überflüssiger Umweg, daß nicht eine, sondern zwei Klagen angestrengt werden müssen.

Dem ist aber nicht so. Es steht nichts entgegen, beide Klagen in einem Rechtsstreit geltend zu machen. Die Zulässigkeit eines derartigen Vorgehens ergibt sich m. E. aus einer naheliegenden Parallele zu der hier vertretenen Vertragskonstruktion. Bei der Wandlung und Minderung von Kaufgeschäften ist es auf der Grundlage der sog. Vertragstheorie [49]) als zulässig anerkannt, die Klagen auf Abgabe der erforderlichen Willenserklärungen und zugleich auf Leistung in Einem geltend zu machen.

Die Berufung auf den Parteiwillen für die Vorvertrags- oder Gestaltungsrechtstheorie scheint in diesem Zusammenhang recht fragwürdigen Wert zu besitzen. Rechtsdogmatisch muß auch eine andere Frage im Vordergrunde stehen. Das ist die schon berührte Frage nach der Möglichkeit der unbeschränkten Neuschöpfung

---

[48]) „Verhaltener Anspruch" im Sinne Langheinekens, Anspruch und Einrede S. 101 f.; die Fälligkeit ist an die tatsächliche Geltendmachung durch den Gläubiger" geknüpft.

[49]) Nach der Vertragstheorie gehen die Ansprüche des Wandlungsberechtigten auf Abschluß eines Wandlungsvertrages. Mithin ist das auf Wandelung oder Minderung gerichtete Verlangen des Käufers eine Offerte, zu deren Annahme der Verkäufer verpflichtet ist. Oertmann Komm. BGB zu § 465 Anm. 1c. Planck Komm. BGB zu § 462 Anm. 3a. Enneccerus-Lehmann II § 110. s. a. Anm. 2 RGZ 58, 423.

von Gestaltungsrechten ohne Einkleidung derselben in einen gesetzlich normierten Tatbestand. Die Möglichkeit einer Freischöpfung von Gestaltungsrechten darüber hinaus muß m. E. jedoch verneint werden. Die ihnen eigene unmittelbare gestaltende Wirkung, der einseitige Rechtszwang gegenüber dem Unterworfenen, diese besondere Eingriffsbefugnis in die Rechtssphäre eines anderen Rechtssubjekts läßt zumal wegen des spekulativen Charakters der Optionsabrede die Zulassung einer uneingeschränkten Neuschöpfung derartiger Befugnisse nicht angebracht erscheinen. Für eine Verallgemeinerung dieser Befugnis könnten nur praktische Gründe in Betracht kommen. An diesen aber fehlt es. Auf jeden Fall liegt die Folgerung, daß der Gesetzgeber ebenso wie im Bereiche des Sachenrechts einen numerus clausus der Gestaltungsrechte hat statuieren wollen, sehr nahe [50]).

§ 5

Das Bindungsgeld.

Eine wesentliche Eigenart des Optionstatbestandes besteht ferner in der besonderen Gestaltung der Vergütung für die Leistungen des Optionsschuldners. Als Gegenleistung für die übernommene Abschlußverpflichtung zum Hauptvertrag erhält der Schuldner das sog. Options- oder Bindungsgeld [1]). Abgesehen davon, daß die Optionsgebundenheit, wie bereits erörtert, als selbständige wirtschaftliche Leistung gewertet wird, würde dieser Tatbestand im übrigen keine Besonderheit aufweisen.

Es kommt jedoch noch ein weiterer Umstand hinzu, dessen Erklärung sich als nicht einfach herausgestellt hat. Das Bindungsgeld verfällt nämlich regelmäßig nur dann, wenn der Berechtigte die Option nicht ausübt; macht dieser dagegen von der Option Gebrauch, so tritt ein Verfall des Bindungsgeldes nicht ein. Das Bindungsgeld ist, falls es bereits an den Gebundenen gezahlt ist, auf die aus dem endgültigen Vertrage zu erbringende Leistung des Optionsberechtigten anzurechnen.

Zur Erklärung des Bindungsgeldes werden verschiedene Wege

---

[50]) Walsmann in Jh. Jahrb. 54, 224. Seckel a. a. O. S. 218 f.

[1]) so auch schon für den einseitig bindenden Vorvertrag Göppert in Krit. VJ. Schr. 14, 423. Vgl. a. Krasnopolski-Kafka, österr. Obl.R. Bd. II § 15.

eingeschlagen. M. E. zu Unrecht sucht Oertmann [2]) den eigenartigen Vorgang der Anrechnung dadurch zu erklären, daß er das Optionsgeschäft als unter der auflösenden Bedingung des Zustandekommens des endgültigen Vertrages geschlossen ansieht [3]). „Der besondere Optionsvertrag mit dem vereinbarten Bindungsgeld ist unter der auflösenden Bedingung geschlossen, daß das Veräußerungsgeschäft hernach zustandekommt; mit diesem Zustandekommen verliert die Leistung des Bindungsgeldes ihren Rechtsgrund, und es muß zurückgegeben oder als Minderungsposten der entstandenen Kaufpreisschuld verwendet werden."

Diese Ansicht erscheint nicht frei von innerem Widerspruch. Zunächst sehen wir zwei getrennte Rechtsgeschäfte, die nur insoweit in Beziehung zueinander stehen, als das eine unter bestimmten Voraussetzungen der Herbeiführung des anderen dient. Und nun diese eigenartige Verknüpfung der beiden Rechtsgeschäfte miteinander, die mit dem Zustandekommen des späteren zugleich den Rechtsgrund des ersteren beseitigt.

Damit würde der Hauptvertrag in der Luft schweben. „Er würde im Augenblick seiner Entstehung selbst einen Teil seines Entstehungstatbestandes in Fortfall bringen." Das ist ein Widerspruch in sich selbst [4]). Diese Ansicht müßte auch unerwünschte praktische Auswirkungen zur Folge haben. Vor allem müßte die Frage auftauchen, welche Ersatzansprüche etwa der Berechtigte vom Standpunkte Oertmanns aus hat, wenn der gebundene Teil in der Zwischenzeit schuldhaft irgendwelche beeinträchtigende Einwirkungen tatsächlicher oder rechtlicher Art auf den Vertragsgegenstand vorgenommen hat, und der Berechtigte in Unkenntnis davon die Option ausgeübt hat. Da eine Rückbeziehung der Option nicht in Betracht kommt, würde es m. E. an einer Grundlage für Ersatzansprüche des Berechtigten fehlen. Auch die eingeschränkte Ansicht, daß lediglich die Zahlung des Bindungsgeldes auflösend bedingt vereinbart ist [4]), hilft uns hier nicht weiter. Davon weiter unten.

Zu erwähnen ist ferner ein Gesichtspunkt zur Erklärung des Bindungsgeldes, der in einer reichsgerichtlichen Entscheidung [5]) herangezogen worden ist. Auf der Grundlage der hier abgelehnten Antragstheorie wird die Hingabe des Bindungsgeldes als teil-

---

[2]) Oertmann in Heft 21 der KA. d. Wirtschaftsrechts unter 3.
[3]) Winterscheidt a. a. O. S. 86.
[4]) Krüger a. a. O. S. 25.
[5]) RGZ 62, 411.

weise Annahme dieses Vertragsantrages (= Optionsgebundenheit) angesehen. Als Teilannahme deshalb, weil das Bindungsgeld einen Bruchteil des endgültigen Kaufpreises darstelle. Mit Recht weist Traumann [6]) darauf hin, daß einer derartigen Teilannahme „eine Verpflichtung zur entsprechenden Teilübereignung der Kaufsache" gegenüber stehen müßte. Von unserem Standpunkte aus genügt es, darauf hinzuweisen, daß diese Gedankengänge mit der Theorie vom Gestaltungsrecht geradezu unvereinbar sind. Denn die Anerkennung der Möglichkeit einer teilweisen Ausübung eines Gestaltungsrechtes ist ein Widerspruch in sich, ein Gestaltungsrecht kann nur als Ganzes ungeteilt ausgeübt werden.

Da bei dem Optionstatbestand üblicherweise von einem Verfall des Bindungsgeldes gesprochen wird, so würde es an sich nahe liegen, zu seiner Erklärung den Gedanken einer Strafvereinbarung heranzuziehen.

Eine Gruppe dieser Rechtsformen muß von vornherein ausscheiden. Bei dieser wird das Bestehen einer Verbindlichkeit vorausgesetzt. Entweder soll hier die Erfüllung dieser Verbindlichkeit gesichert oder dem Schuldner gerade die Befreiung von dieser offen gehalten werden. Das sind einmal die echte Vertragsstrafe sowie die Wandelpön, durch deren Entrichtung sich die Partei von ihrer Verbindlichkeit lösen kann.

Die gleichen Rechtsgedanken haben ihren Niederschlag in dem sog. Abandon-Recht [7]) gefunden. Hierunter versteht man das Recht, ein Vermögensstück zugunsten eines Anderen preiszugeben, um damit die Befreiung von weitergehenden Verpflichtungen zu erreichen. Vorausgesetzt wird auch hier eine bestehende Verbindlichkeit, von der man sich befreien will. Darin liegt der nicht zu verkennende Unterschied zum Optionsverhältnis, bei dem sich der Berechtigte durch Verfallenlassen des Bindungsgeldes nicht loskaufen will. Denn er ist ja in seiner Entschließungsfreiheit, ob er die Option ausüben will, nicht eingeengt; er ist zur Ausübung der Option nicht verpflichtet.

Zu prüfen ist weiterhin, ob nicht das sog. uneigentliche Strafgedinge (§ 343 II BGB) zur Erklärung des Bindungs-

---

[6]) Traumann in JW 1907, 218.

[7]) Ein Recht des Abandon findet sich im allg. Pr. Bergges. v. 24. 6. 1865 § 130 zugunsten des Gewerken, der mit seinen Beträgen im Rückstand ist. Ebenso bei der Gesellschaft mit beschr. Haftung und schließlich bei der Reederei des Seerechts.

geldes herangezogen werden kann. Unterläßt der Optionsberechtigte die Abgabe der Optionsausübungserklärung, so verfällt das gegebene Bindungsgeld; übt dagegen der Berechtigte die Option aus, so würde ein Verfall des Bindungsgeldes nicht eintreten, es wäre daher auf die Leistung des Berechtigten aus dem Hauptvertrage in Anrechnung zu bringen.

Rein äußerlich ist somit eine weitgehende Übereinstimmung des Tatbestandes des uneigentlichen Strafgedinges [8]) mit dem Verfall des Bindungsgeldes festzustellen. Für diese Art der Konstruktion würde vielleicht auch ein Gedanke, der bei der Vereinbarung des Bindungsgeldes bei den Parteien gefühlsmäßig eine erhebliche Rolle spielen kann, sprechen. Der Gebundene erhält durch das Versprechen des Bindungsgeldes eine Gewähr [9]), daß der Begünstigte nicht leichtfertig von seiner Befugnis Gebrauch macht, von dem beabsichtigten Vertragsschluß abzusehen.

Bei näherem Zusehen ist jedoch festzustellen, daß gegen die Heranziehung des Strafgedinges entscheidende Bedenken bestehen. Wie noch weiter auszuführen sein wird, tritt der Strafcharakter des Bindungsgeldes nach der Auffassung des Verkehrs völlig zurück. Charakteristisch ist lediglich, daß das Bindungsgeld das Entgelt für die wirtschaftlich gewertete Gebundenheit darstellt. Der Berechtigte soll für Nichtausübung der Option nicht bestraft werden, sondern der Gebundene soll die ihm gebührende Gegenleistung für seine Leistung, die Gebundenheit, erhalten.

Daraus ergibt sich auch, daß für die Heranziehung des Verschuldensmomentes beim Verfall des Bindungsgeldes kein Raum sein kann. Die Auffassung, daß der „Verfall" des Bindungsgeldes dann nicht erfolge, wenn der Versprechende, als Schuldner des Bindungsgeldes, durch Umstände, die er nicht zu vertreten hat, an der fristgerechten Ausübung der Option gehindert worden ist, ist m. E. nicht zutreffend.

Wenn der Verschuldensbegriff auf die Bindungsgeldvereinbarung erstmalig in einer gerichtlichen Entscheidung herangezogen worden ist, um zu einer gerechten Interessenabwägung zu gelan-

[8]) RGRKomm. § 343 Anm. 2. Seuff. Arch. 81 Nr. 43. Staudinger Komm. BGB Vorbem. II, 1 zu §§ 339 ff. RGZ 95, 199.

[9]) RG in JW 1916, 391 und Fuchs daselbst S. 394: „Es ist nicht möglich, lediglich wegen der Höhe des Bindungsgeldes im Verhältnis zum Kaufpreis das Bindungsgeld als Teil des Kaufpreises anzusehen, sondern im Einzelfall ist zu fragen, ob wegen der Höhe des Bindungsgeldes mit seinem Verfallen von keiner Seite gerechnet wird." Vgl. Gutachten der Berliner Handelskammer C 3934/29, abgedr. in Grundst.-Warte 1929, 344.

gen, so werden wir unten zeigen, daß eine Heranziehung in jedem Falle entbehrlich ist. Ein im Einzelfall der Billigkeit entsprechendes Ergebnis ist auch auf anderem Wege zu finden. Davon noch mehr.

Gegen die Ansicht, das Bindungsgeld mit dem uneigentlichen Strafgedinge zu erklären, spricht schließlich ein weiterer wesentlicher Gesichtspunkt: Die Möglichkeit richterlicher Herabsetzung der Strafe (§ 343 BGB). Daß von vornherein die Möglichkeit der Herabsetzung des Entgeltes aus einem gegenseitigen Vertrage ausschalten muß, bedarf wohl nur dieses Hinweises.

Eine der Anschauung des Verkehrs entsprechende Erklärung der Bindungsgeldvereinbarung ist nur dann zu finden, wenn man dieses Rechtsverhältnis als das ansieht, was es tatsächlich ist, nämlich als gegenseitigen Vertrag, bei dem die beiderseitigen Leistungen der Parteien — Gebundenheit und Bindungsgeld — in einem Austauschverhältnis stehen. Für dieses Rechtsverhältnis wäre es an sich das Gegebene, daß das Bindungsgeld ohne Rücksicht auf das spätere Schicksal der Option zu zahlen wäre. In der Mehrzahl der Fälle liegt es jedoch anders. Nach dem Willen der Parteien soll das Bindungsgeld vielmehr lediglich das Entgelt für eine ungenützt verstrichene, vergebliche Wartezeit darstellen. Vergeblich aber ist die Gebundenheit des Schuldners, wenn dem Optionsgeschäft ein weiterer Vertragsschluß, der Hauptvertrag, n i c h t nachfolgt. Macht dagegen der Berechtigte von der Option Gebrauch, so schuldet er nicht das Bindungsgeld, infolgedessen ist dieses auf seine aus dem Hauptvertrag geschuldeten Leistungen anzurechnen. Die Erklärung dieses Vorganges ergibt sich allein aus der den Parteien eingeräumten Vertragsfreiheit.

Im übrigen widerspricht der Umstand, daß das Bindungsgeld nur als Entgelt für die e r f o l g l o s e Wartezeit vereinbart wird, nur scheinbar dem Gedanken der selbständigen Bewertung der Gebundenheit des Schuldners. Die Auffassung des Verkehrs geht hierbei von der richtigen Überlegung aus, daß bei jedem Optionsgeschäft mit Rücksicht auf seine lange Dauer die Hauptvertragsbedingungen anders — für den Optionsschuldner günstiger — ausfallen werden. Die Gebundenheit des Schuldners wird von vornherein mit berücksichtigt: beispielsweise wird der Kaufpreis bei einem sofort abgeschlossenen Kaufgeschäft regelmäßig niedriger sein, als bei einem für spätere Zeit verabredeten mit Optionsklausel. Der Schuldner muß — abgesehen vom Bindungsgeld als Entgelt für die nutzlose Wartezeit — sein wirtschaftliches Risiko

in Rechnung stellen. Bei dieser wirtschaftlichen Betrachtungsweise tritt zwar der Charakter der Gebundenheit als selbständige Leistung nicht durchgehend unverhüllt in Erscheinung, ist aber doch in jedem Falle gewahrt.

Nun noch ein Blick auf die oben erwähnte Entscheidung [10]), in der zum Finden eines billigen Ergebnisses der Verfall des Bindungsgeldes vom Verschulden abhängig gemacht wurde. Es handelte sich in diesem Falle darum, daß ein Kriegsteilnehmer durch Kriegsgefangenschaft nicht in der Lage gewesen war, sich fristgerecht innerhalb der vereinbarten Optionsfrist zu erklären. Mangels Verschuldens wurde hier ein Verfall des Bindungsgeldes verneint. Für diesen Fall kann man jedoch zu einem ebenso billigen Ergebnis gelangen, ohne den für das Optionsgeschäft wesensfremden Verschuldensbegriff heranzuziehen.

Von unserem Standpunkt aus wäre zu sagen, daß in einem derartigen Falle mit Rücksicht auf Treu und Glauben eine entsprechende Verlängerung der Optionserklärungsfrist angenommen werden könnte. Übt der Berechtigte die Option jetzt noch aus, so schuldet er das Bindungsgeld nicht, da ja dann die Gebundenheit des Schuldners nicht erfolglos verstrichen ist.

Dagegen würde man, wenn man den Optionsberechtigten ohne weiteres von der Zahlung des Bindungsgeldes befreit, in Wahrheit den Optionsschuldner „bestrafen". Denn dieser wäre geschädigt; er würde, trotzdem er mit seiner Gebundenheit bereits seine Vertragsleistung erbracht hat, leer ausgehen.

Auch aus diesem Beispiel ist zu sehen, daß eine Erklärung der Bindungsgeldvereinbarung nur erfolgen kann, wenn man folgerichtig an der Auffassung der selbständigen Wertung der Optionsgebundenheit festhält.

§ 6

Abgrenzung der Option von andersgearteten Vorberechtigungen.

Bisher haben wir den Versuch unternommen, den Inhalt und die rechtliche Natur des Optionsgeschäftes klar zu stellen. Der In-

[10]) RGZ 95, 199.

halt einer Option kann im weitesten Sinne als Vorberechtigung in der Bedeutung eines Vorranges vor dritten unbeteiligten Personen charakterisiert werden.

Die Abgrenzung des Optionstatbestandes von ähnlich gearteten Vorberechtigungen hat vielfach Schwierigkeiten bereitet. Auch über den Sprachgebrauch ist in dieser Hinsicht keineswegs Einigkeit vorhanden. Man trifft im Schrifttum und in der Rechtsprechung häufig ohne jede sachliche Gruppierung auf eine Reihe von Ausdrücken, die in gleichem oder ähnlichem Sinne für irgend welche Bevorrechtigungen gebraucht werden. Aus der Vielzahl dieser Ausdrücke seien nur folgende herausgegriffen: Einstandsrecht [1]), Eintrittsrecht, Einlösungsrecht [2]), Vorhand [3]), uneigentliche Berechtigungen (z. B. uneigentliche Vormiete) [4]), Ankaufsrechte [5]) sowie Vorzugsrechte [6]).

Der Anwendungsbereich dieser verschiedenen Bezeichnungen wird unten jeweils im Zusammenhang gezeigt werden. Eine Übereinstimmung über die Bedeutung dieser Begriffe besteht jedenfalls nicht, vor allem fehlt es an jeder systematischen Eingliederung dieser Tatbestände. Trotz der im einzelnen tief greifenden Verschiedenheit dieser „Vorrechte" ist doch die innere Berechtigung für ihre Zusammenfassung unter einheitlichen Gesichtspunkten vorhanden.

Denn alle diese Fälle haben eines gemeinsam: Es handelt sich um die Kennzeichnung von besonders gearteten rechtlichen Möglichkeiten, die einem Rechtssubjekt um seiner selbst willen verliehen sind; infolge der ihm gewährten Rechtsmacht kann der Träger des Rechts eine unmittelbare Veränderung der ihn umgebenden Rechtswelt herbeiführen. Und zwar bedeutet diese Fähigkeit etwas anderes, als die jedem Menschen gewährte Möglichkeit, durch seinen Willen Rechtsänderungen herbeizuführen (Handlungsfähigkeit). Diese ist kein Recht, sondern lediglich „eine von der geistigen Beschaffenheit des Menschen abhängige,

---

[1]) Staudinger Komm. BGB Vorbem. III zu § 497.

[2]) Lobe in Recht und Wirtschaft 1922, 417 ff. Friedländer, Konzernrecht S. 163.

[3]) Oertmann Komm. BGB II, 2 § 504 Bem. 6; vgl. a. Soergel BGB § 504 Anm. 6. Recht 1927 Nr. 2205.

[4]) Mittelstein, Miete S. 153, Staudinger Komm. BGB § 535 Bem. B VI. Senff JW 1932, 3534.

[5]) Staudinger BGB § 433 Bem. I, 1 m.

[6]) RGZ 79, 156.

rechtliche Eigenschaft“ [7]). Das Gemeinsame jener Erscheinungen liegt darin, daß ein solcher begünstigter Rechtsträger dadurch vor allen anderen eine bevorzugte Stellung einnimmt. Nur von seiner in sein Belieben gestellten Entschließung hängt es ab, ob sich ein anderer Rechtserwerb vollziehen kann oder nicht vielmehr infolge Geltendmachung des Vorzugsrechtes verhindert wird.

Wenn wir eine Abgrenzung der Begriffe, die eine Vorberechtigung zum Inhalte haben, erreichen wollen, so erscheint es zweckmäßig, von Rechtsformen auszugehen, die eine gesetzliche Regelung erfahren haben.

Da ist in erster Linie an das in den § 504 ff. BGB behandelte Vorkaufsrecht zu denken. Ohne Stellungnahme zu dessen streitiger Rechtsnatur soll es ganz farblos gekennzeichnet werden „als Befugnis, einen bestimmten Gegenstand von dem Verpflichteten zu erwerben für den Fall, daß dieser mit einem Dritten einen Kaufvertrag über diesen Gegenstand abschließt“. Diese Formulierung soll zunächst nur zum Finden eines übergeordneten Begriffes dienen. Die Befugnis des Vorkaufsberechtigten wird dadurch charakterisiert, daß sie sich nur auf den Fall eines reinen Kaufvertrages erstreckt und schon dann beispielsweise versagt, wenn sich das Veräußerungsgeschäft als „gemischte Schenkung“ darstellt [8]).

Bahnbrechend auf dem Wege der systematischen Durchdringung der mit dem Vorkaufsrecht in Zusammenhang stehenden Erscheinungen waren die Gedankengänge von Lobe [9]); er hat als erster die Gleichartigkeit bestimmter Vorrechte herausgestellt und sie unter dem von ihm geprägten Begriff des Einlösungsrechts zusammengefaßt. Nach seiner Auffassung — die Wissenschaft hat sich ihm überwiegend darin angeschlossen [10]) — stellt sich das Vorkaufsrecht nur als Einzelfall eines allgemeinen Einlösungsrechts dar [11]). Daß das Gesetz sich nur auf die Regelung des Vorkaufsrechts beschränkt hat, ist hiernach aus der geschichtli-

---

[7]) v. Tuhr, Schweiz. Obl.R. § 3 Note 5. Zitelmann, Intern. Privatr. II, 1 S. 43.

[8]) RGZ 101 Nr. 27 S. 101.

[9]) Lobe in Recht und Wirtschaft 1922, 417 ff.

[10]) RGRKomm. BGB § 504 Anm. 1. Soergel BGB § 503 Bem. 3. RGZ 110 Nr. 38 S. 189 Seuff. Arch. 81 Nr. 217.

[11]) Lobes Konstruktion muß von dem hier nicht interessierenden Versuch unterschieden werden, die Rechtsnatur des Wiederkaufsrechts als Einlösungsrecht zu kennzeichnen, so Schollmeyer S. 40 Anm. 2 und v. Gierke III S. 499 Anm. 156 im Anschluß an § 1068 österr. GB.

chen Entwicklung zu erklären und als Ausdruck allgemeiner Rechtsgedanken zu werten [12]). Es bedarf ja auch keiner weiteren Begründung, daß der Figur des entgeltlichen Umsatzgeschäftes stets die größte Bedeutung im täglichen Leben zukommen wird.

Der Begriff des Einlösungsrechtes ist mit Lobe [13]) zu kennzeichnen als die Befugnis, beim Eintritt einer bestimmten Bedingung von dem Verpflichteten statt eines Dritten die Übereignung einer Sache (Einlösung) an sich zu verlangen. Mit dieser Abgrenzung fallen die einer reinen Kaufberechtigung gezogenen engen Schranken [14]); entscheidend für die Ausübung der Berechtigung ist nicht mehr, daß der Verpflichtete gerade ein Kaufgeschäft mit einem Dritten abschließt. Für die Geltendmachung der Berechtigung ist vielmehr allein Voraussetzung, daß der Verpflichtete sich in irgend einer Art zu einer entgeltlichen Übertragung des betreffenden Gegenstandes verpflichtet [15]). Das gilt jedoch nur mit der Einschränkung, daß der spätere Veräußerungsvertrag auch zum Inhalt des Vertragsverhältnisses der ursprünglich Beteiligten gemacht werden kann. — Mit dem Begriffe des Einlösungsrechts, dem eine hervorragende Bedeutung im modernen Wirtschaftsleben zukommt [16]), ist die erste sachliche Gruppierung von Vorberechtigungen erzielt.

Allerdings ist der Begriff des Einlösungsrechts noch immer zu eng, da er nur Veräußerungsgeschäfte umfaßt. Diese Begrenzung ist jedoch nicht gerechtfertigt. Denn dem Vorkaufsrecht entsprechende Rechtsgeschäfte kommen im Verkehrsleben überall vor, sie sind bei allen, noch so verschieden gearteten Rechtsbeziehungen denkbar und rechtlich möglich [17]).

---

[12]) RGZ 126 Nr. 28 S. 126.

[13]) Lobe a. a. O. S. 418.

[14]) Nach Goldbaum in DJZ 1908, 479 sind die Vorkaufsrechte und überhaupt die Näherrechte wegen ihrer verkehrshemmenden Bedeutung einschränkend auszulegen.

[15]) Lobes Gedanken haben ihren Niederschlag in den im öffentlichen Interesse geschaffenen Vorkaufsrechten der neueren Zeit gefunden; nach § 11 Reichssiedl.ges. genügt jedes entgeltliche Veräußerungsgeschäft (auch Tausch u. Zwangsversteigerung). Nach § 11 Heimst.ges. bezieht sich das sog. Vorkaufsrecht auch auf unentgeltliche Eigentumsübertragungen, vgl. Wolff, Sachenrecht § 126 III.

[16]) Friedländer Konzernrecht S. 163.

[17]) so auch die Motive II, 348. § 1440 des Sächs. BGB von 1865 bestimmt: „... kommt die Verabredung der Probe oder des Besichts, der Reue oder des besseren Gebots oder des Rechts, in den Vertrag vor einem anderen einzutreten, bei anderen Verträgen als dem Kauf vor,

Vielfach trifft man auf diesen Tatbestand im Miet- und Pachtrecht [18]). Unter der Voraussetzung, daß der Vermieter mit einem Dritten einen Mietvertrag über die in Frage stehenden Räume abschließt, kann der Berechtigte verlangen, daß ihm diese zu den gleichen Bedingungen überlassen werden [19]).

Im Gesellschaftsrecht würde der entsprechnede Fall etwa so liegen. Einem Kaufmann ist sehr daran gelegen, in einer bestimmten Gesellschaft — wobei es auf deren Rechtsform nicht entscheidend ankommt — als Gesellschafter Aufnahme zu finden. Aus bestimmten Gründen kann er sein Ziel im Augenblick nicht erreichen, aber er erhält eine dem obigen Vorkaufs- bezw. Vormietrecht entsprechende (Vor)berechtigung eingeräumt. Er hat damit erreicht, daß ohne sein Einverständnis ein neuer Gesellschafter nicht in diese Gesellschaft aufgenommen werden kann. Denn in jedem solchen Falle wäre er zur Geltendmachung seines Vorrechts berechtigt und damit befugt, zu den gleichen Bedingungen Gesellschafter s t a t t des anderen zu werden.

Das Gemeinsame dieser Tatbestände liegt darin, daß die Auslösung der Vorberechtigung davon abhängig ist, daß der Verpflichtete einen Vertrag mit einem Dritten eingeht, und zwar einen gleichartigen, d. i. einen ebensolchen, wie ihn der Berechtigte erstrebt. Hat der Berechtigte ein Vorrecht auf Miete einer bestimmten Sache, so wird seine Anwartschaft, seine „schlummernde Befugnis" nur dann existent, wenn der Verpflichtete die Sache an einen Dritten v e r m i e t e t, nicht aber, wenn er in anderer Weise über die Sache verfügt [20]).

Zur Kennzeichnung dieser dem Berechtigten verliehenen Rechtsmacht und zur Abgrenzung von verwandten Rechtserscheinungen erscheint es berechtigt, von einer „g l e i c h a r t i g e n E i n t r i t t s b e r e c h t i g u n g" zu sprechen. Unter diesen dem Einlösungsrecht übergeordneten Begriff fallen neben diesen der Begriff der Vormiete im eigentlichen Sinne, der Vorpacht u. a. m.

Bei diesen Erscheinungen liegt das Hauptgewicht der Berech-

so sind diese Vorschriften analog anzuwenden". — Für Zulässigkeit derartiger Verabredungen auch Bruck in Arch. Bürg. R. 20, 42.

[18]) In RGZ 126, 123 werden die Regeln des Vorkaufsrechts auf ein Vorpachtverhältnis für entsprechend anwendbar erklärt (insbes. § 508 II). RGZ 123, 270, vgl. a. RG in LZ 1915 Spalte 1370 Nr. 7 sowie RG in HRR 1929 Nr. 1007.

[19]) Soergel BGB Vorbem. zu § 535 ff. RG in Recht 1925 Nr. 646. RG in HRR 1928 Nr. 1969, 1929 Nr. 1906.

[20]) Mittelstein, Miete S. 153. Staudinger Komm. BGB Bem. B VI.

tigung in dem Vorrang des Gläubigers gegenüber dritten unbeteiligten Personen, dagegen ist die Verpflichtung seines Schuldners verhältnismäßig schwach ausgebildet. Denn in dessen Hand liegt es immer noch durchaus, ob er die Voraussetzungen für die Entstehung des Vorrechts herbeiführen will.

Eine andere ebenso häufig vorkommende Art eines Vorrechtes, auch hauptsächlich zum Zwecke der Vorbereitung eines Kaufgeschäftes, besteht in der Einräumung einer sog. Vorhand, die auch als Übernahme einer Anbietungs- oder Antragspflicht gekennzeichnet werden kann. Der Schuldner übernimmt die Verpflichtung, bevor er mit einer dritten Person einen Vertrag abschließt, dem Berechtigten den Gegenstand zum Erwerb anzubieten. Diese Verpflichtung ist ebenfalls nicht allein auf Kaufgeschäfte und ihre Vorbereitung beschränkt, sondern ist bei allen Rechtsgeschäften anzutreffen [21]).

Da es sich bei diesen Rechtserscheinungen um eine freie Schöpfung des Rechtsverkehrs handelt, fehlt es hier an gesetzlichen Erscheinungsformen, wie etwa bei dem Vorkaufsrecht dem der Miterben oder dem der Reichssiedlungsgesetze.

Nicht ein bereits vollendeter Vertragsschluß mit einem Dritten wird vorausgesetzt [22]), sondern lediglich, daß der Verpflichtete hinsichtlich des betreffenden Gegenstandes vertragliche Bindungen einzugehen beabsichtigt, aber auch nur wieder vertragliche Bindungen, die gleichartig sind, die der Vorberechtigung des anderen Teils entsprechen. Auf Grund einer Vorhand zu einem Mietverhältnis ist der Verpflichtete nur dann zum Angebot verpflichtet, wenn er einen Mietvertrag einzugehen beabsichtigt. —

Dagegen ist es eine andere Frage, ob der Verpflichtete nicht durch Veräußerung die Vorhandsberechtigung illusorisch machen kann, ohne sich etwa dem Berechtigten gegenüber ersatzpflichtig zu machen.

Wenn von einer Vorhand regelmäßig bei einem Kaufgeschäft gesprochen wird, so ist der Sprachgebrauch im übrigen durchaus nicht einheitlich. Zur Kennzeichnung der entsprechenden Rechts-

---

[21]) vgl. hierzu, auch wegen Einzelfragen: Nipperdey in ZBl. f. HR. 30, 300 ff. Oertmann Komm. BGB § 504 Bem. 6. Soergel Komm. BGB § 504 Bem. 6. RG in LZ 1928, 110 Nr. 13. RGZ 110 Nr. 38 S. 189. RG in Recht 1907 Nr. 1807. RG in Warn. Rspr. 1909 Nr. 78.

[22]) RGZ 79 Nr. 35 S. 162. RG in Seuff. Arch. 81 Nr. 217. Friedländer a. a. O. S. 168 d. Nipperdey a. a. O. S. 300.

lage hinsichtlich eines Verlagsvertrages wird etwa völlig farblos von einem „Vorzugsrecht" gesprochen und der Grundvertrag, der dessen Einräumung zum Inhalt hat, als „Vorrechtsvertrag" bebezeichnet [23]). Abwegig ist die im Anschluß an diese Entscheidung von Hillig [24]) vertretene Ansicht, der die Optionsbefugnis auf eine Stufe mit dieser Berechtigung stellt und infolgedessen unter einer Option eine Anbietungspflicht des Schuldners verstanden wissen will.

Unzweckmäßig ist es m. E. auch, wenn die der Vorhand entsprechenden Rechtsbeziehungen bei Mietverhältnissen als „uneigentliche Vormiete" bezeichnet werden. Den Sprachgebrauch von den „uneigentlichen Vorrechten" übernimmt Senff [25]), der im Hinblick auf Dienstverträge derartige Rechtsbeziehungen erörtert. Er ist der Ansicht, daß bei einem uneigentlichen Vorrecht die Berechtigung dahin zu verstehen sei, daß der andere einen Dienstvertrag anzubieten habe, bevor er mit einem Dritten abschließe [26]). Nur ein weiterer Beweis für die mangelnde systematische Abgrenzung ist es m. E., wenn verschiedentlich „eine Sicherung zur Vorhand als Einräumung eines Vorkaufsrechts" bezeichnet wird, „aber nicht eines solchen im Sinne der §§ 504 ff. BGB [27]). —

Die Verwandtschaft und Ähnlichkeit dieser rechtlichen Erscheinungsformen mit der zuerst erörterten Gruppe von Vorrechten soll gewiß nicht außer Acht gelassen werden, doch sind die Unterschiede noch groß genug, um eine Abgrenzung zu ermöglichen.

Das Wesen dieser Vorberechtigungen von der Seite des Berechtigten aus gesehen besteht in dem Recht auf das erste Angebot; für den anderen Teil besteht die Anbietungs- bzw. Antragspflicht und damit die Verpflichtung zum Abschluß dieses Vertrages mit dem Berechtigten, wenn dieser sich mit den gestellten Bedingungen einverstanden erklärt.

---

[23]) RGZ 79 Nr. 35 S. 158.

[24]) Hillig S. 227 Gutachten Nr. 195 über Optionsrecht.

[25]) Senff, Vordienrecht u. Vordienstrecht in JW 1932, 3435.

[26]) Noch weniger kann aber Senff zugestimmt werden, wenn er, je nach dem, ob die Berechtigung für den Dienstherrn oder den Dienstverpflichteten ausbedungen ist, Ausdrücke wie Vordienst- bzw. Vordienrecht vorschlägt. Dieser Sprachgebrauch, auch für die übrigen Fälle gedacht, wäre mehr als unheilvoll.

[27]) Staudinger Komm. BGB II, b § 535 Bem. B VI. RG vom 30. V. 1919 in Warn. Rspr. 1919 Nr. 157 = Seuff. Arch. 74 Nr. 159. RG in Recht 1927 Nr. 2205.

Im Gegensatz zu den oben behandelten „gleichartigen Eintrittsberechtigungen", die zu ihrer Ausübung bereits das Vorhandensein eines fertigen Vertrages voraussetzen, können die letzteren Tatbestände unter dem Begriff der „gleichartigen Annahmeberechtigungen" zusammengefaßt werden [28]).

Auch von diesem Sammelbegriff ist eine weitere Gruppe von Vorzugsrechten abzugrenzen, bei denen von einer gleichartigen Annahmeberechtigung nicht gesprochen werden kann. Nicht die Absicht, ein gleichartiges, der Berechtigung entsprechendes, Rechtsgeschäft mit einem Dritten abzuschließen, ist in derartigen Fällen für die Auslösung der Berechtigung entscheidend, sondern irgend ein anderes, beliebig vereinbartes Ereignis. Zu dieser letzteren Gruppe gehört der von Siber [29]) mitgeteilte Sachverhalt, daß sich ein Verband von einem ihm angeschlossenen Verein für den Fall seines Ausscheidens aus dem Verbande ein „Ankaufsrecht" wegen der Vereinsgebäude bestellen läßt. Ebenso liegt der Fall, wenn in manchen Wegeordnungen die Anlieger für den Fall einer Wegeregulierung ein Recht darauf erhalten, daß ihnen die entbehrlichen Wegeteile zum Kauf angeboten werden [30]).

Die Anbietungspflicht ist hier von einem beliebigen zukünftigen, ungewissen Ereignis abhängig. Diese Tatbestände können unter dem Begriff der ungleichartigen Annahmeberechtigung zusammengefaßt werden. —

Mit der im Vorangehenden versuchten systematischen Gliederung glauben wir bereits eine entscheidende Klarstellung aller nur denkbaren Vorzugsrechte und damit zugleich einen eindeutigen Maßstab zu ihrer Abgrenzung von der Optionsberechtigung gefunden zu haben.

Die Optionsberechtigung gibt dem Berechtigten ein unmittelbares, sofort existentes Anrecht auf Vertragsschluß; dagegen besteht bei den hier erörterten Vorrechten eine derartige Rechts-

---

[28]) M. E. müßten sich diese von uns vorgeschlagenen Bezeichnungen rasch einbürgern lassen; sie treffen unabhängig vom Streit um ihre Rechtsnatur den wesentlichen Inhalt dieser Berechtigungen.

[29]) Siber, Schuldrecht § 52 S. 246.

[30]) § 36 der WegeO. f. d. Pr. Sachs. vom 11. 7. 91. § 9 der WegeO. f. Westpreußen. — Zu erwähnen sind auch die in § 9 II R.Siedl.Ges. enthaltenen Berechtigungen, wonach denjenigen Personen, deren eingetragene Vorkaufsrechte oder Auflassungsvormerkungen erloschen sind, von dem gemeinnützigen Siedlungsunternehmen das für Siedlungszwecke entbehrliche Land zum Kauf anzubieten ist. Vgl. Staudinger Komm. BGB Vorbem. § 497. Wolff, Sachenrecht § 126 III.

stellung nicht. Der Berechtigte erhält lediglich eine Anwartschaft, eine „schlummernde Befugnis", deren Auslösung zum Vollrecht erst durch eine Handlung des Verpflichteten oder durch den Eintritt eines sonst vereinbarten Ereignisses erfolgt.

§ 7

Allgemeine Gesichtspunkte, insbesondere Form von Optionsbegründungsverträgen.

Das Optionsgeschäft ist ein gegenseitiges Rechtsverhältnis, das nach unserer Ansicht als einseitig bindender Vorvertrag zu konstruieren ist. Möglich ist hierbei auch, daß die Optionsklausel als Nebenabrede eines anderen Rechtsgeschäftes in Erscheinung tritt.

Die Einräumung eines Optionsrechtes erfolgt durch Rechtsgeschäft, gesetzliche Optionsrechte gibt es nicht. Jedoch ergeben sich weitgehende Parallelen zu einem gesetzlich normierten Tatbestand, dem des Überbaues. § 915 BGB. Der Überbauende ist auf Verlangen des Grundstückseigentümers verpflichtet, den überbauten Grundstücksteil käuflich zu erwerben. (§ 915 BGB); die besondere Rechtsstellung des Begünstigten besteht auch hier darin, daß er in seiner Entschließungsfreiheit, von dem Verpflichteten eine endgültige vertragsschaffende Handlung zu verlangen, nicht gebunden ist. Der Unterschied zum Optionsgeschäft besteht in dem Fehlen einer zeitlichen Abgrenzung und in dem Fehlen des Bindungsgeldes.

Hervorzuheben ist, daß regelmäßig die Parteien des Optionsvertrages auch die des in Aussicht genommenen Vertragsverhältnisses sein werden. Notwendig ist dieses zwar nicht, denn ein Optionsrecht kann für den Begünstigten auch in der Rechtsform eines Vertrages zugunsten eines Dritten zur Entstehung gelangen. Nicht gerechtfertigt ist es jedoch m. E., wenn nach v. Tuhr [1]) gerade ausschließlich der Fall, daß sich A gegenüber B verpflichtet, mit einem Dritten auf dessen Verlangen einen Vertrag einzugehen, als „Vorvertrag" und damit von dem hier vertretenen Standpunkte als Einräumung eines Optionsrechtes angesehen werden soll.

Von großer Bedeutung ist die Frage der Form.

---

[1]) v. Tuhr, Schweiz. Obl.R. S. 235.

Die wichtigste Ausnahme von der grundsätzlich bestehenden Formfreiheit ist die Bestimmung des § 313 BGB, wonach ein Verpflichtungsvertrag zur Übereignung eines Grundstücks der öffentlichen Beurkundung unterliegt. Gerade für das Optionsverhältnis, das häufig der Vorbereitung von Grundstückskaufgeschäften dient, gewinnt diese Vorschrift eine besondere Bedeutung.

In Rechtslehre und Rechtsprechung haben sich zu dem Formzwang des § 313 BGB im einzelnen bestimmte Grundsätze herausgebildet, die allerdings Zweifelsfragen offen lassen. Übereinstimmung herrscht darüber, daß nicht die äußere Rechtsform wesentlich ist, in welcher die Verpflichtung zur Übereignung eines Grundstücks begründet wird. Auch kommt es nicht darauf an, ob die Grundstücksveräußerung Selbstzweck dieses Rechtsgeschäftes ist, oder ob sie nur mittelbar zur Verwirklichung eines anderen rechtlichen und wirtschaftlichen Erfolges dienen soll [2]). Folgerichtig wird auch dann die Beachtung des Formzwanges verlangt, wenn die Pflicht zur Grundstücksveräußerung in die Form einer unwiderruflichen Ermächtigung des Vertragsgegners gekleidet ist. Die Ähnlichkeit dieses Tatbestandes mit der sich aus dem Optionsverhältnis ergebenden Berechtigung des Begünstigten ist unverkennbar.

In erster Linie ist daran festzuhalten, daß der Verpflichtungsvertrag zur dinglichen Rechtsänderung in a l l e n seinen Teilen formbedürftig ist; nicht nur die Erklärung dessen, der das Eigentum übertragen will, sondern ebenso die Erklärung seines Vertragsgegners [3]) unterliegt dem Formzwang.

Daß auch ein Vorvertrag, der eine Verpflichtung zum Abschluß eines Grundstücksveräußerungsvertrages enthält, formbedürftig ist, ist nicht zu bezweifeln. Wenn man die formlose Wirksamkeit eines Vorvertrages anerkennen würde, so könnte mittelbar eine Grundstücksveräußerungspflicht unter Nichtbeachtung der vom Gesetz für den Grundstückseigentümer aufgestellten Schutzmaßregeln begründet werden. Die Bestimmung des § 313 BGB wäre damit praktisch bedeutungslos [4]). Notwendig ergibt sich aus dieser Erkenntnis: Der Optionsvertrag, in welchem dem

---

[2]) RGZ Komm. BGB § 313 Bem. 1. Planck-Siber Komm. BGB II, 1 § 313 Bem. 2 a.

[3]) RGZ 81, 134.

[4]) Planck-Siber Komm. BGB § 313 Bem. 2 b. Staudinger Komm. BGB § 313 Bem. A I 1. OLG Kiel in OLG 17, 377. RG in Recht 1913 Nr. 324. RGZ 48, 134. 67, 42, 44. 81, 134. 86, 30. 53, 257 (260).

Begünstigten ein Recht zum Grundstückserwerb eingeräumt wird, unterliegt dem Formzwang [5]). Denn mit Abschluß des Optionsvertrages entsteht für den Schuldner eine Bereitschaftspflicht, die mittelbar eine Pflicht zur Eigentumsübertragung enthält. Als Gegenleistung für diese implicite übernommene Übereignungspflicht muß auch die Vereinbarung des Bindungsgeldes dem Formzwang unterstellt werden.

Zweifel über die Formpflicht können nur entstehen, wenn man das Optionsverhältnis als einen auf längere Frist bindenden Vertragsantrag ansieht. Dann ist es freilich richtig, daß mit dem Vertragsangebot vor erfolgter Annahmeerklärung für den Grundstückseigentümer überhaupt noch nicht eine Pflicht zur Eigentumsübertragung begründet wird. Ebenso nimmt auch der Optionsberechtigte in dem ursprünglichen Optionsvertrag das Verkaufsangebot nicht an, sondern nur entgegen, während er die Annahme einer späteren Entschließung vorbehält.

Daß man nicht die Hingabe des Bindungsgeldes als Teilannahme des Vertragsangebotes [6]) ansehen kann, ist bereits erörtert worden. Daraus kann sich also ebenfalls eine Formpflicht nicht ergeben. So verneint man den Formzwang für die Vereinbarung eines Bindegeldes, „weil es sich bei dieser Zahlung nicht um eine für den Hauptvertrag wesentliche Nebenabrede handele", sondern diese gerade unabhängig von dem Kaufvertrag und seinem Zustandekommen gedacht sei [7]). Auf diese Streitfrage braucht hier nicht weiter eingegangen zu werden. Für uns kann es nicht zweifelhaft sein, daß auch die Vereinbarung des Bindungsgeldes als wesentlicher Bestandteil des Optionsvertrages beurkundet werden muß.

Der Optionsvertrag, der einer Grundstücksveräußerung vorangeht, ist, wie gesagt, hinsichtlich aller Erklärungen der Vertragsteile formbedürftig. Fraglich kann demgegenüber lediglich sein, inwieweit der Vertrag, der auf Verlangen des Begünstigten geschlossen wird, der gleichen Form bedarf. Streng folgerichtig muß die Frage zweifellos bejaht und das Formerfordernis auch auf den Hauptvertrag erstreckt werden. Es kann sich nur fragen, ob aus Gründen der Zweckmäßigkeit — im Einklang mit

---

[5]) So auch Oertmann KA. d. Wirtschaftsr. Heft 21 unter Nr. 3.
[6]) so RGZ 63, 414.
[7]) KG vom 12. IX. 1930, abgedr. in Grundst.-Warte 1931, 75.

dem rechtspolitischen Zweck dieser Formvorschrift — sich ein Abweichen von dieser Forderung rechtfertigen läßt.

Diese Frage muß m. E. aus folgenden Gründen bejaht werden. Der Zweck der Form des § 313 — Schutz der Parteien vor Übereilung — ist bereits damit gewahrt, daß der Optionsvertrag in dieser erschwerten Form zustandegekommen ist. Zwischen den Parteien wird zwar an sich noch ein weiterer, vollkommen selbständiger Vertrag geschlossen. Seinem Inhalt nach unterscheidet er sich jedoch nicht entscheidend von dem ersteren, eine weitergehende Verpflichtung, als bereits bestand, wird durch ihn n i c h t begründet. Es erscheint daher vor allem im Interesse der Leichtigkeit des Verkehrs und schließlich auch aus den für den Verkehr wesentlichen Gründen der Kostenersparnis gerechtfertigt und geboten, den Hauptvertrag von dem Formzwange auszunehmen [8]).

Zu beachten bleibt in diesem Zusammenhang, daß bei Abänderung der ursprünglichen Bedingungen des Optionsvertrages die Formvorschrift wieder Platz greifen kann [9]); z. B. wenn nachträglich die Optionserklärungsfrist über die ursprüngliche Dauer hinaus verlängert wird [10]).

Ein Vertrag, durch den nur der eine Teil zum Erwerbe, der andere nicht zur Veräußerung verpflichtet wird (pactum de emendo), unterliegt keinem Formzwange [11]). Ein Optionsgeschäft kann auch in dieser Gestaltung vorkommen.

Neben der Vorschrift des § 313 BGB sind für das Optionsverhältnis im Grunde nur noch die Bestimmung des § 566 BGB und die besonderen Formvorschriften, die bei Gründung bestimmter Gesellschaften (Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung) zu beachten sind, von Bedeutung. Nach § 566 in Verbindung mit § 581 Abs. 2 bedarf ein Miet- oder Pachtvertrag von mehr als einjähriger Dauer der einfachen Schriftform. Es erscheint zweifelhaft, ob auch ein für e i n Jahr abgeschlossener Mietvertrag mit einer Option für ein weiteres Jahr dem § 566 unterfällt. Vielfach wird diese Frage ohne weiteres bejaht mit dem m. E. unzutreffenden Hinweis, daß es sich bei dem Options-

[8]) Walsmann in Jh. Jahrb. 54, 299. Staudinger Komm. BGB § 313 Bem. A I 1. s. a. Planck-Siber Komm. BGB § 313 Bem. c.

[9]) vgl. hierzu RG in HRR 1928 Nr. 793. 1930 Nr. 203.

[10]) RG in HRR 1928 Nr. 8 RG in JW 1928, 648.

[11]) Asch, Grundstückskauf S. 11. RG in Recht 1913 Nr. 324. RGZ 68, 260. 81, 134. 95, 5.

vertrag um einen mehrjährigen, durch die einseitige Optionserklärung bedingten Mietvertrag handele [12]).

Um zu einer befriedigenden Antwort auf diese Frage zu gelangen, ist es nötig, auf den rechtspolitischen Zweck der Formvorschrift des § 566 einzugehen. Aufschlußreich in dieser Hinsicht ist die Tatsache, daß man überwiegend für einen Vorvertrag zu einem mehrjährigen Grundstücksmietvertrag die Beachtung dieser Formvorschrift für entbehrlich hält [13]). Denn der Zweck dieser Formvorschrift besteht nicht etwa wie der des § 313 darin, die Parteien vor Übereilung zu schützen. Er liegt vielmehr allein darin, den Erwerber des Grundstücks, der gemäß § 571 kraft Gesetzes in das Mietverhältnis eintritt, über den Umfang und den Inhalt der auf ihn übergehenden Verpflichtungen zuverlässig zu unterrichten. Durch einen Vorvertrag aber wird ein zukünftiger Erwerber eines Grundstücks nicht gebunden, da eine Überlassung des Grundstücks noch nicht erfolgt ist.

Es ist zu prüfen, inwieweit diese Gesichtspunkte auf eine Optionsberechtigung zur Verlängerung eines Mietverhältnisses Anwendung finden. Die Antwort hierauf wird von der Vorfrage abhängen, ob der Erwerber eines Mietgrundstückes die Vereinbarung eines Optionsrechtes gegen sich gelten lassen muß.

Nach § 571 BGB tritt dieser an Stelle des Vermieters in die sich „aus dem Mietverhältnis" ergebenden Rechte und Pflichten ein; zu diesen muß auch ein Optionsrecht des Mieters zum Zweck der Verlängerung des Mietverhältnisses gezählt werden. Denn die Optionsvereinbarung steht regelmäßig nicht nur in einem rein äußerlichen Zusammenhang mit dem auf feste Zeit abgeschlossenen Mietvertrag; vielmehr soll nach dem Willen der Parteien der ganze Mietvertrag mit der Wirksamkeit der Option stehen oder fallen. Das zeigt schon ein Beispiel. Ein Kaufmann, der sich bei der Miete gewerblicher Räume nicht ohne weiteres zu einem u. U. wirtschaftlich drückenden langjährigen Mietvertrag entschließen kann, erreicht mit Hilfe der Optionsklausel den gleichen wirtschaftlichen Erfolg, entgeht jedoch durch die Beweglichkeit dieser Rechtsform drückender Bindung und damit der Gefahr wirtschaftlicher Schädigungen.

Es erscheint daher geboten, auch die sich aus der Optionsgebundenheit ergebende Verpflichtung als eine solche „aus dem

[12]) Niendorff, Mietrecht S. 69. Seuff. Arch. 75, 72. KG in OLG 8, 396.
[13]) RGZ 86, 30. RGRKomm. BGB § 566 Bem. 1. Staudinger Komm. BGB § 566 Bem. II, 6.

Mietverhältnis" anzusehen. Denn rechtlich und wirtschaftlich besteht ein untrennbarer Zusammenhang, es entsteht ein einheitliches Mietverhältnis [14]), das nicht nur die fernliegende Möglichkeit seiner mehr als einjährigen Dauer bietet. Zumindest besteht wirtschaftlich gesehen für den Vermieter eine sofort existente Verpflichtung auch für die künftige, in der Optionsklausel vorgesehene Zeit, in welche ein Grundstückserwerber nach § 571 BGB einzutreten hat [15]).

Nach dem Zweck der Vorschrift des § 571 bedarf also nicht nur ein mehrere Jahre dauernder Mietvertrag, sondern auch ein solcher von einjähriger Dauer mit weiterreichenden Optionsklausel der Schriftform [16]). Im Gegensatz hierzu bedarf die Geltendmachung der Optionsberechtigung (nicht einseitiges Rechtsgeschäft, sondern Vertragsschluß des Begünstigten) keiner Form.

Bei Vorgründungsverträgen, die einem Vertragspartner ein Optionsrecht hinsichtlich der Art seiner Beteiligung an der Gesellschaft einräumen und als Gesellschaftsform etwa eine Ge-. sellschaft mit beschränkter Haftung oder eine Aktiengesellschaft vorsehen, muß aus den oben für § 313 BGB erörterten Gründen die für die eigentlichen Gründungsverträge jeweils vorgeschriebene Form eingehalten werden (§ 2 d. Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, § 182 HGB). Denn der Formzwang soll die Grundlage des Gesellschaftsverhältnisses für Dritte erkennbar machen, ferner aber auch die Beteiligten auf die Bedeutsamkeit der von ihnen abzugebenden Willenserklärungen hinweisen. Unterfallen diese Verträge stets der Formpflicht, so ist doch die Ausübung der Option in jedem Falle formlos zulässig.

§ 8

Sicherungsfähigkeit einer Option.

Bedeutsam ist schließlich die Frage, inwieweit ein auf den Erwerb eines Grundstücks gerichtetes Optionsrecht in seinen Wir-

[14]) Diese Feststellung ist beispielsweise auch von Bedeutung für die Frage, ob eine Maklerprovision nur für die feste Mietdauer oder auch für die Zeit, auf welche sich das Optionsrecht erstreckt, verlangt werden kann. Für die letztere Ansicht KG 24 U 5137/28, abgedr. in Dtsche Imm. Z. 1928, 288.

[15]) RGZ 103, 349. Mittelstein, Miete § 25 S. 154.

[16]) RG in Warn. Rspr. 1919 Nr. 163. Staudinger Komm. BGB § 566 Bem. II, 6. RGRKomm. BGB § 566 Bem. 1.

kungen gegenüber unbeteiligten Dritten verstärkt werden kann. Inhalt einer derartigen Option, die im Verkehrsleben häufig auch als „Ankaufsrecht" bezeichnet wird, ist der Anspruch auf Abschluß eines Kaufvertrages. Dem Optionsrecht kommt nur schuldrechtlicher Charakter zu, es kann daher allein den Vertragsgegner und dessen Rechtsnachfolger. nicht aber dritte Personen binden.

Es liegt nahe, an die Sicherung und Verstärkung dieses obligatorischen Anspruchs auf dem Wege über eine Vormerkung (§ 883 BGB) zu denken [1]). Eine Vormerkung kann allerdings nur für einen Anspruch eingetragen werden, der auf Begründung einer eintragungsfähigen, ein Grundstück betreffenden, Rechtsänderung gerichtet ist, und der durch endgültige Eintragung der Rechtsänderung erfüllt werden kann. Daß hierher auch der Anspruch auf Einräumung des Eigentums an einem Grundstücke, der sog. Auflassungsanspruch zu zählen ist, kann nicht zweifelhaft sein.

Der Anspruch aus dem Optionsvertrag, die auf den Grundstückskauf gerichtete Option, ist mittelbar auf Übertragung des Grundstückseigentums gerichtet [2]). Denn der Anspruch auf den käuflichen Erwerb des Grundstücks umfaßt den Anspruch des Begünstigten, daß ihm der Verpflichtete im Falle des Zustandekommens des Kaufes das Eigentum am Grundstück übertrage. Diese an sich nur mittelbare Berechtigung steht der Zulässigkeit einer Vormerkung nicht entgegen [3]), da diese auch zur Sicherung eines bedingten oder künftigen Anspruchs eingetragen werden kann. Hier könnte es sich allein um einen künftigen Anspruch, einen Anspruch, der erst in der Zukunft zur Wirksamkeit gelangt, handeln.

Ein künftiger Anspruch kann die Grundlage für eine Vormerkung dann bilden, wenn seine Entstehungsursachen mit der erforderlichen Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit klargestellt sind. Dieses Erfordernis wird mit der Einräumung einer Option regelmäßig erfüllt. Die Parteien des künftigen Vertrages stehen fest, und ebenso ist die zu veräußernde Sache bestimmt angegeben. Es würde sich dann in Wahrheit um eine Vormerkung zur Siche-

---

[1]) Merten, Ankaufsrecht in DRZ 1928 S. 383. Bayr. Ob. LG. Bd. 28 Abt. A 651 Nr. 230.

[2]) OLG Dresden in Sächs. Arch. 1928, 283.

[3]) KG in OLG 45, 201 u. JR 1927 Nr. 580.

rung eines künftigen Auflassungsanspruches handeln, deren rechtliche Zulässigkeit nicht zweifelhaft sein kann.

Zu Unrecht wendet sich Merten [4]) gegen diese „Art der Umdeutung". Er widerlegt seine Einwände und Bedenken im Grunde selbst damit, daß er andererseits sogar stets ein einseitiges Vertragsangebot als ausreichende Grundlage für die Eintragung einer Vormerkung ansehen will. Entgegen dieser Ansicht hält man überwiegend [5]) eine Vormerkung zur Sicherung der Option auf Grundstückserwerb für rechtlich unbedenklich.

Diese grundsätzliche Stellungnahme ist jedoch in gewisser Hinsicht einzuschränken. Auf dem Wege über eine Vormerkung kann der aus dem Optionsgeschäft entspringende Anspruch zwar mit gewissen dinglichen Wirkungen (§ 883 Abs. 2, § 888 BGB) gegenüber einem Rechtsnachfolger des jetzigen Eigentümers ausgestattet werden. Dagegen kann durch das Optionsgeschäft nicht eine unmittelbare Verpflichtung eines Rechtsnachfolgers des Grundstückseigentümers gegenüber dem Berechtigten begründet werden. Das bedeutet: der Optionsanspruch darf nicht etwa gegen den jeweiligen, sondern nur gegen den augenblicklichen Grundstückseigentümer gerichtet sein. Denn das „Ankaufsrecht" oder vielmehr die Ankaufsoption gehört nicht zu den im Grundbuch eintragungsfähigen Rechten, die im Gesetz abschließend aufgezählt und durch Parteivereinbarung nicht vermehrt werden können.

Aus dem gleichen Grunde ist es umgekehrt nicht möglich [6]), daß eine Ankaufsoption für den jedesmaligen Eigentümer eines bestimmten Grundstückes bestellt wird. Die Begründung einer derartigen Berechtigung würde rechtlich nichts anderes darstellen, als ein mit dem Grundstückseigentum verbundenes Recht. Das aber ist nicht möglich, denn nur Grunddienstbarkeiten, Reallasten und Vorkaufsrechte sind dem Gesetz als subjektiv dingliche Rechte bekannt [7]).

---

[4]) DRZ 1928, 383. Zweifelnd: Bayr. Ob. LG. Bd. 28 Nr. 230.

[5]) vgl. Staudinger Komm. BGB § 883 Bem. II B i. Planck BGB 5. Aufl. § 883 Bem. 1 e.

[6]) RGRKomm. 883 Bem. 10. Warneyer Komm. BGB II § 883 Bem. 2. Staudinger Komm. BGB § 883 Bem. II A b. KG in JR 1927 Nr. 580.

[7]) Mertern a. a. O. S. 385. OLG Dresden in OLG 40, 35.

§ 9

Zulässigkeit der Übertragung der Optionsbefugnis.

Schließlich ist noch näher die Frage zu prüfen, inwieweit die dem Optionsberechtigten eingeräumte Befugnis durch Rechtsgeschäft auf einen Dritten übertragen werden kann. Und zwar geht es hier zunächst darum, ob allein der Anspruch, den Vertragsschluß zu verlangen, diese Forderung des Gläubigers aus dem Optionsvertrage losgelöst abgetreten werden kann. Eine andere Frage ist es dagegen, ob und unter welchen Voraussetzungen die eine Partei ihre auf dem ganzen Vertragsverhältnis beruhende Rechtsstellung, mithin das ganze Schuldverhältnis als Inbegriff von Rechten und Verpflichtungen auf einen Dritten übertragen kann. Eine derartige Übertragung des Vollrechts unter Ausscheidung der ursprünglichen Partei aus dem Schuldverhältnis — rechtlich zugleich eine Schuldübernahme — ist ausnahmslos von dem Einverständnis des anderen Teils abhängig [1]).

Hier interessiert jedoch allein der Vorgang, daß der Gläubigerwechsel ohne Zuziehung des Schuldners durch Verfügung erfolgt. Nur Altgläubiger und Erwerber vereinbaren den Übergang.

Wenn die Gläubigerauswechselung mit Wissen und im Einverständnis des Schuldners erfolgt, so bietet das keine Besonderheit; dem Schuldner ist es selbst möglich, seine Interessen wahrzunehmen. Schwierigkeiten in der Interessenabwägung entstehen erst dann, wenn die Übertragung allein durch Verfügung des Forderungsinhabers erfolgt. Der Gläubigerwechsel kann sich für den Schuldner in vielen Fällen sehr nachteilig auswirken. Infolge dieses besonderen Interessenwiderstreites ist das Hauptproblem des Zessionsrechtes das des Schuldnerschutzes [2]). Aus dieser Problemstellung folgt notwendig, daß die in den §§ 398, 413 BGB vom Gesetzgeber grundsätzlich anerkannte Zulässigkeit einseitiger Verfügung über das Gläubigerrecht von wichtigen Ausnahmen durchbrochen sein muß [3]).

Die wichtigste Ausnahme dieser Art stellt die Vorschrift des § 399 BGB dar. Hiernach ist die Übertragung einer Forderung unzulässig, wenn „die Leistung" an den Zessionar „nicht ohne

---

[1]) Enneccerus-Lehmann § 302 II, 1. Altvater in Arch. Ziv. Prax. 95, 382. RG in LZ 1927 1218.

[2]) Heck, Schuldrecht § 65 S. 195.

[3]) Heck a. a. O. S. 196. RGZ 51, 170.

Veränderung ihres Inhalts" erfolgen kann. Eine derartige Veränderung ist streng genommen mit jedem Gläubigerwechsel verbunden. Da § 399 jedoch nur der Wahrung der Interessen des Schuldners zu dienen bestimmt ist, sind hierher nur Veränderungen des Leistungsinhaltes, die seine Rechtslage verschlechtern würden, zu zählen. Durch die Abtretung darf nicht „die Möglichkeit einer Steigerung des zur Leistung erforderlichen Maßes von Aufwand und Kraftanstrengung" begründet werden [4]).

Das sind die maßgeblichen Gesichtspunkte bei der Untersuchung der Frage, ob die Gläubigerrechte aus dem Optionsvertrage abgetreten werden können.

Von unserem Standpunkt aus ist zunächst nach der Übertragbarkeit von Ansprüchen aus einem Vorvertrage zu fragen. Die Meinungen hierüber gehen auseinander. Nicht gerechtfertigt erscheint die Ansicht von Göppert [5]), der ganz allgemein die Möglichkeit einer Abtretung verneint. Mit Recht wird von anderer Seite darauf hingewiesen, daß die Erschwerung der Leistung des Schuldners infolge des Gläubigerwechsels in vielen Fällen so geringfügig ist, daß sie ihm zugemutet werden kann.

Vielmehr muß die Entscheidung im Einzelfall nach dem Inhalt des Optionsvertrages, der nicht von dem des Hauptvertrages losgelöst betrachtet werden kann, verschieden ausfallen. So macht es beispielseise bei einem Optionsvertrag für den gebundenen Teil keinen Unterschied, ob er seine Leistungsverpflichtung — Zug um Zug gegen Erbringung der Gegenleistung — an den ursprünglichen oder an einen neuen Gläubiger zu erfüllen hat.

Anders dagegen muß die Antwort ausfallen, wenn etwa dem Berechtigten vertragsgemäß zugleich der Kaufpreis gestundet werden soll. Dann ist allerdings zuzugeben, daß man einen objektiven, allgemeingültigen Maßstab der Zumutbarkeit in dieser Richtung nicht aufstellen kann [7]). Denn es kommt nicht darauf an, wie objektiv die Vermögensverhältnisse und die Kreditwürdigkeit des neuen Gläubigers gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger zu beurteilen sind, sondern darauf, wie sie der betroffene Vertragsteil ansieht. Die Persönlichkeit des Vertragsgegners und gewisse persönliche Beziehungen zu diesem sind stets von besonderer Be-

[4]) Planck-Siber Komm. BGB II, 1 § 399 Bem. 1. Siber, Schuldrecht S. 141. v. Tuhr, Allg. Teil I § 12 S. 222.

[5]) in Krit. VJ. Schr. 14, 425. Bechmann, Kauf II, 275.

[6]) so auch Siber a. a. O. S. 141. Kress a. a. O. S. 205.

[7]) Staudinger Komm. BGB II, 1 § 399 Bem. I 1 b.

deutung. Daß diese Gesichtspunkte erst recht in den Vordergrund treten bei einem Optionsrecht, das sich auf ein Gesellschaftsverhältnis bezieht, liegt im Wesen dieses besonderen Vertrauensverhältnisses [8]).

Nicht einheitlich ist das Ergebnis hinsichtlich der Optionen zur Verlängerung eines Mietverhältnisses. Steht die Option dem Mieter zu, so ist ihre Abtretung entsprechend der ausdrücklichen Regelung in § 549 BGB nicht möglich. Dagegen ist, sofern der Vermieter optionsberechtigt ist, eine rechtsgeschäftliche Übertragung seiner Rechtsstellung, da es sich um eine „aus dem Mietverhältnis" (vgl. § 571 BGB) entspringende Berechtigung handelt [9]), unter den gleichen Voraussetzungen wie überhaupt hinsichtlich seines Gläubigerrechtes möglich.

So wäre die Rechtslage, wenn ein — oft auch nur stillschweigendes — Einverständnis der anderen Partei nicht anzunehmen ist. Eine andere Frage ist es dagegen, ob in jedem Falle der Schuldner auf den Schutz der Bestimmung des § 399 wirksam „verzichten" kann, ob er eine Übertragung auch dann zulassen kann, wenn an sich damit eine wesentliche Veränderung des Leistungsinhaltes verbunden sein würde.

In erster Linie ist der Vertragswille der Parteien entscheidend [10]). Da die Vorschrift des § 399 nur dispositiven Charakter besitzt und nur den Schutz des Schuldners bezweckt, so kann sie mit seiner Zustimmung außer Kraft gesetzt werden — jedenfalls soweit es sich um verzichtbare Interessen handelt. Denn der Schuldner ist in der Lage, seine Interessen selbst wahrzunehmen [11]).

Auch in einem Fall, in dem wegen des zwischen den Parteien bestehenden Vertrauensverhältnisses gewichtige Gegengründe zu finden wären, hat man sich auf diesen Standpunkt gestellt [12]). Die im Voraus eingegangene Verpflichtung der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, weitere, von einem Gesellschafter zu bestimmende Personen an seiner Stelle in die Gesellschaft aufzunehmen, hat man als rechtswirksam angesehen.

---

[8]) vgl. RG in Bank Arch. 17, 190.
[9]) vgl. die Gedankengänge oben S. 49.
[10]) RGZ 66, 359.
[11]) Heck, Schuldrecht S. 197. Planck-Siber BGB Komm. II 1 § 399 Bem. 1 a. v. Tuhr Allg. Teil I § 12 S. 223.
[12]) RG in Bank Arch. 17, 190 ff.

Endlich ist noch auf die Frage einzugehen, inwieweit die Übertragung der Optionsbefugnis, die auf den Kauf eines Grundstücks gerichtet ist, einer Form bedarf. Die Option stellt sich hier als zukünftiger Auflassungsanspruch dar. M. E. bedarf hier die Übertragung des Anspruchs des Gläubigers aus dem Optionsvertrage nicht der nochmaligen Einhaltung der Form. Der rechtspolitische Zweck der Formvorschrift ist schon damit gewahrt, daß die Verpflichtung gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger unter Beobachtung der erforderlichen Form begründet wurde[13]). Denn eine neue Verpflichtung wird durch die Übertragung des Anspruches nicht begründet.

§ 10

Untergang der Optionsberechtigung.

Der Wert einer rechtlichen Konstruktion muß sich vor allem dann erweisen, wenn die Rechtsbeziehungen der Parteien nicht unter normalen Begleitumständen endigen, sondern das Rechtsverhältnis durch äußere Einwirkungen oder vertragswidriges Verhalten einer Partei ein vorzeitiges und unvorhergesehenes Ende findet. Dann zeigt es sich, ob klare und zweifelsfreie Rechtsbeziehungen zwischen den Vertragsteilen hergestellt worden sind. Unter diesem Gesichtspunkt treten die Schwächen und Fehler der von uns bekämpften Antrags-Gestaltungsrechts-Theorie besonders deutlich hervor.

Für die Entscheidung von Zweifelsfragen kommt es auf folgende Gesichtspunkte an: Einmal der eigenartige Leistungsinhalt des Optionsverhältnisses und zum anderen der Umstand, daß die Entstehung einer Verbindlichkeit nicht erst von der Geltendmachung der Optionsberechtigung abhängt. Im Gegensatz zu der Gestaltungsrechtstheorie wird nach unserer Meinung eine Verbindlichkeit, insbesondere eine Bereitschaftspflicht in Bezug auf den endgültigen Vertragsgegenstand für den Schuldner bereits mit Eingehung des Optionsverhältnisses begründet.

Im Verlaufe eines Optionsverhältnisses treten notwendig zwei Willenserklärungen in Erscheinung. Einmal die Erklärung

[13]) RGZ 53, 268 (270). 111, 298 (300). RG in Warn. Rspr. 1928 Nr. 128 S. 256.

des Begünstigten, mit der er vom Schuldner den Abschluß des Hauptvertrages verlangt. Dieser folgt die Willenserklärung des Schuldners nach, mit deren — oft stillschweigenden — Abgabe der beredete Hauptvertrag zustandegekommen ist. Nur diese letztere Willenserklärung ist Leistungsgegenstand des Schuldverhältnisses. Denn der zur Option Berechtigte ist zu ihrer Ausübung nicht verpflichtet und in seiner Freiheit, den Hauptvertrag abzuschließen, nicht beschränkt.

Wegen der mit der Optionsklausel verbundenen Fristbestimmung ist näher auf die Frage einzugehen, in welchem Zeitpunkt die Erklärung des Begünstigten Wirksamkeit erlangt. Die Optionserklärung ist eine „empfangsbedürftige" Willenserklärung. Nach § 130 BGB wird die Willenserklärung unter Abwesenden in dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie dem anderen Teil „zugeht". Tatsächliche Wahrnehmung durch den Erklärungsgegner ist nicht immer notwendig. Vielfach etwa, wenn der Empfänger den Empfang grundlos verweigert, genügt der Versuch des Zugangs, der Versuch, eine Wahrnehmungsmöglichkeit herbeizuführen [1]).

Aus der Anerkennung der Empfangstheorie ist nach Breit für ein Schuldverhältnis, dessen Leistungsgegenstand eine Willenserklärung ist, der Grundsatz herzuleiten: Der Erklärende muß, braucht aber auch nur zur Wirksamkeit seiner Willenserklärung einen solchen Zustand zu bewirken, daß sie der Empfänger unter den dem Erklärenden bekannten regelmäßigen Umständen wahrnehmen könnte [2]). Dieser Grundsatz ist m. E. aber auch in gleicher Weise bei einem derartigen Schuldverhältnis auf die Erklärung des Berechtigten anzuwenden.

Wenn die Unwirksamkeit der an sie gerichteten Willenserklärung infolge Verschuldens einer Partei herbeigeführt wird, so ist hier nur der Fall von Interesse, daß der Optionsgebundene schuldhaft das Wirksamwerden der Optionserklärung verhindert, da der Optionsträger selbst zu ihrer Abgabe nicht verpflichtet ist. Dem Schuldner obliegt eine weitgehende Bereitschaftspflicht. Diese umfaßt auch die Verpflichtung, die Wirksamkeit oder vielmehr das Wirksamwerden der Optionserklärung nicht zu vereiteln. Das folgt unmittelbar aus dem Vertragszweck. Es ist dies

---

[1]) hierzu eingehend Breit, Willenserklärung als Äußerung und Leistungsgegenstand in Gruch. Beitr. 55, 6 ff.

[2]) So auch Enneccerus-Nipperdey I § 149, 1 S. 489.

der Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung [3]). Die Schadensersatzpflicht des Schuldners ist dann aus einer analogen Heranziehung der §§ 280, 286 BGB herzuleiten [4]). Auch für den Fall, daß infolge arglistigen Verhaltens des Optionsschuldners der Berechtigte beispielsweise die Optionsfrist hat ungenützt verstreichen lassen, kann er Schadensersatz fordern. Das bedeutet, daß sich der Optionsschuldner nicht zum Nachteil des Berechtigten auf den Ablauf der Optionsfrist berufen kann.

Die wirksam abgegebene Optionsausübungserklärung muß der Schuldner gegen sich gelten lassen, ohne daß es einer Wiederholung der Erklärung bedürfte. Für den Fall, daß gerade infolge des vertragswidrigen Verhaltens des Schuldners eine für ihn wahrnehmbare Erklärung noch nicht abgegeben ist, müßte allerdings der Berechtigte seine Optionsausübungserklärung erneut abgeben. Denn für das Vorhandensein einer wahrnehmungsmöglichen Erklärung hat er einzustehen.

Für den Berechtigten ergeben sich somit ausreichende Rechtsbehelfe aus dem Optionsvertrage selbst; die Frage, ob er etwa seinen Anspruch auf Schadensersatz auch auf § 823 BGB stützen könnte, ist von untergeordneter Bedeutung. Sie muß auch verneint werden, denn der Verpflichtete verletzt in der Optionsbefugnis niemals ein dort vorausgesetztes absolutes Recht, sondern lediglich einen obligatorischen Anspruch.

Bei Erörterung dieser praktisch bedeutsamen Frage treten wiederum die Schwächen der Antragstheorie zu Tage. Auch ihre Anhänger sind sich der Notwendigkeit bewußt, den „Antragsempfänger" davor zu bewahren, daß der Antragende ungestraft das Wirksamwerden der „Annahme"erklärung des Optionsberechtigten schuldhaft unmöglich macht. Folgerichtig können jedoch Ersatzansprüche vertraglicher Art oder auf Grund unerlaubter Handlung für den Berechtigten nicht erwachsen. Denn die Befugnis, einen Vertragsantrag anzunehmen, gehört nicht zu den nach § 823 Abs. 1 geschützten absoluten Rechten; die Annahmebefugnis stellt lediglich ein Vermögensrecht als Begleiterscheinung eines selbständigen „Rechtes" dar [5]).

Der von einigen Anhängern der Antrags-Gestaltungsrechtstheorie unternommene Versuch, die Möglichkeit von Ersatzansprü-

[3]) Begr. von Staub 1904. Staudinger Komm. BGB § 326 VIII. Düringer-Hachenburg Komm. HGB II S. 266 f. Oertmann Komm. BGB § 325, 6.
[4]) Enneccerus-Lehmann Bürg. R. § 55 II; vgl. a. RGZ 106, 25.
[5]) RGRKomm. § 145 Bem. 2 a E. RGZ 50, 191. 57, 353. 59, 327.

chen des Berechtigten auf einem anderen Wege herzuleiten, ist m. E. abwegig und in sich widerspruchsvoll. Gemeint ist der Versuch, die „Haftungs"vorschriften des Bedingungstatbestandes, insbesondere § 162 BGB auf den als Vertragsantrag mit Überlegungsfrist gedeuteten Optionstatbestand entsprechend heranzuziehen [6]). Die Schwächen dieser Konstruktion zeigen sich darin, daß eine Haftung des Schuldners für nur fahrlässiges Handeln so nicht begründet werden kann.

Von der hier vertretenen Ansicht aus werden derartige Fehler vermieden. Die Haftung des Schuldners für vertragswidriges Verhalten ergibt sich ohne weiteres aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung. Im Grunde wird diese Ansicht auch durch v. Tuhr vertreten, der allein aus dem auf dem Vertragsantrag beruhenden Rechtsverhältnis obligatorische Sorgfalts- und Bereitschaftspflichten herleiten will [7]). Er setzt sich m. E. damit freilich mit der auch von ihm verteidigten Antragstheorie in Widerspruch. Denn durch die Stelllung des Vertragsangebotes allein werden keinerlei obligatorische Pflichten des Antragenden begründet. —

Neben der Optionsausübungserklärung ist die Willenserklärung des Gebundenen, die der Optionserklärung nachfolgend, den „Hauptvertrag" zustande bringt, von Bedeutung.

Infolge der Eigenart des Leistungsgegenstandes ist der Schuldner verpflichtet, einen erfolglos gebliebenen Versuch der Abgabe seiner Erklärung solange zu wiederholen, bis er mit ihrer wirksamen Äußerung seiner Verpflichtung genügt hat. Das allerdings nur für den Fall, daß die Erfolglosigkeit des Versuches auf einem Umstande beruht, den der Gläubiger nicht zu vertreten hat, etwa wenn die schriftlich abgefaßte Willenserklärung bei der Übermittlung verlorengegangen ist. Dann ergibt sich für den Schuldner eine Pflicht zur Wiederholung, es besteht eine „Perpetuierlichkeit" der Erklärungspflicht [8]).

In engem Zusammenhang zu dem Vorausgegangenen steht die Frage nach Rechtsbehelfen des Berechtigten, wenn der Schuldner sich vor Ausübung der Option von dem Optionsvertrag „lossagt" oder nach ihrer Ausübung sich weigert, seinerseits die erforderliche Erklärung abzugeben. Ein derartiges Verhalten des Schuldners wäre eine schwerwiegende Vertragsverletzung, die die

[6]) Krüger a. a. O. S. 28. Winterscheidt a. a. O. S. 10.
[7]) a. a. O. Bd. II S. 48.
[8]) Breit a. a. O. S. 29.

Rechtsfolgen des § 326 BGB nach sich ziehen würde [9]). Dem Berechtigten ist dann nicht mehr zuzumuten, bei dem Vertrage stehen zu bleiben. Die Setzung einer Nachfrist erübrigt sich jedenfalls in dem ersteren Fall.

Ebenso klar und folgerichtig sind auch die Fälle zu beurteilen, in denen der gebundene Teil sich nicht darauf beschränkt, sich von dem Optionsvertrage loszusagen und spätere Erfüllung zu verweigern, sondern etwa mit der Vernichtung des Vertragsgegenstandes bereits tatsächlich seine Unfähigkeit zur künftigen Leistung herbeiführt. Die Antwort auf diese Fragen ergibt sich zwangsläufig daraus, daß bereits mit Eingehung des Optionsverhältnisses für den gebundenen Teil vertragliche Verpflichtungen entstehen. Für die Frage nach seiner Haftung ist dies allein der entscheidende Zeitpunkt. Auch hier zeigen sich wieder besonders deutlich die Schwächen der Antrags-Gestaltungsrechtstheorie und die Haltlosigkeit des Prinzips der „Unverletzlichkeit des Gestaltungsrechts". Da nach dieser Theorie „Verpflichtungen" niemals vor Geltendmachung des Optionsrechtes entstehen können, hat es der Antragende stets noch in der Hand, das „unverletzliche" Gestaltungsrecht dadurch illusorisch zu machen und sich seiner künftigen Leistungspflicht zu entziehen, daß er eine (objektive) Unmöglichkeit seiner Leistung herbeiführt. Derartige Fälle sind vom Boden der Antragstheorie lediglich unter dem Gesichtspunkt der ursprünglichen Unmöglichkeit zu beurteilen, wodurch regelmäßig Nichtigkeit des Optionsverhältnisses herbeigeführt wird.

Demgegenüber bedeutet es nur eine Verlegenheitslösung, die weder methodisch gerechtfertigt ist noch zu brauchbaren Ergebnissen führt, wenn dann nach einer Möglichkeit, Ersatz des Vertrauensschadens zu gewähren, gesucht wird. Krüger [10]) empfindet auch selbst, daß mit der Möglichkeit, etwa unter den strengen Voraussetzungen des § 307 BGB Ersatz des Vertrauensschadens zu verlangen, wenig geholfen ist. Einen Schlag ins Gesicht der von ihm selbst verteidigten Antragstheorie bedeutet es jedoch, wenn auch in diesem Falle wiederum der letzte Ausweg in einer Analogie zu bedingten (!) Berechtigungen gefunden wird.

Infolge der obligatorischen Natur des Optionsrechtes ist schließlich auch ohne Schwierigkeit die Frage zu beantworten, wie bei

---

[9]) RGZ 120, 54; gleich JW 1928 1562[8].

[10]) in seiner schon erwähnten Abhandlung S. 30.

einer Mietoptionsklausel sich das Kündigungsrecht des Vermieters und Optionsschuldners zu einer Optionsbefugnis des Mieters verhält. Bei Fehlen einer ausdrücklichen Bestimmung muß die Optionserklärung regelmäßig in der gleichen Frist erfolgen wie eine Kündigung. Das ist anerkannt [11]).

Dagegen wird zu der Frage, welcher Erklärung der Vorrang zukommt, wenn eine ordnungsmäßige Kündigung und eine rechtzeitig erklärte Option zusammenstoßen, von dem RG in dem Urteil Bd. 92 S. 417 keine Stellung genommen. Mit der Auffassung, daß eine Kündigung des Vermieters zwar zulässig sei, „aber nicht wirke", wenn der Berechtigte die Option ausübe [12]), ist diese Frage nicht beantwortet.

Die Antwort auf diese Frage ergibt sich vielmehr allein aus der grundsätzlichen Verpflichtung des Optionsschuldner, sich zur Erfüllung des Options- und damit auch des Hauptvertrages bereit und fähig zu halten. Das Kündigungsrecht gehört zu den unselbständigen Gestaltungsrechten, auf welche verzichtet werden kann. Zu beachten ist hierbei, daß ein Verzicht auf eine einseitige Gestaltungsbefugnis niemals durch einseitige Verzichtserklärung, sondern stets nur durch Vereinbarung erfolgen kann. Ein einseitiges Verzichtsgeschäft ist dem Schuldrecht fremd [13]).

In dem nur einseitigen Vertragsantrag kann daher nicht zugleich ein Verzicht auf das Kündigungsrecht enthalten sein. Dagegen ist die Rechtslage von unserem Standpunkt aus regelmäßig so anzusehen, daß zugleich in dem Optionsvertrage etwaige Kündigungsrechte des Optionsschuldners für den Fall, daß die Option rechtzeitig ausgeübt wird, ausgeschlossen worden sind.

Damit haben wir im wesentlichen die Gesichtspunkte hinsichtlich der Ansprüche, die dem Berechtigten bei vertragswidrigem Verhalten des Gegenkontrahenten gegen diesen zustehen, erörtert.

Nur unter bestimmten Voraussetzungen erhält der Optionsberechtigte auch einen unmittelbaren Anspruch gegen den Dritten, der zur Vereitelung des Optionsrechtes seine Hand reicht. An sich vermag sich der Schuldner zwar gegenüber verschiedenen Personen zu der gleichen Leistung, die doch vermöge ihrer Beschaffenheit nur einem der Gläubiger zuteil werden kann, zu verpflich-

---

[11]) RGZ 92, 417 (423). Staudinger Komm. BGB § 535 Bem. VI.

[12]) OLG 10, 168.

[13]) Seckel in Festgabe für Koch S. 230. RGZ 110, 409 (418). Walsmann, der Verzicht S. 106 ff. RG in JW 1912, 858.

ten; die verschiedenen Gläubiger treten dadurch noch nicht in eine Beziehung zueinander. Eine eigentliche Rechtskollision liegt noch nicht vor; dem steht das Wesen der obligatorischen Willensherrschaft entgegen. „Nicht die Forderungsrechte, nur das Interesse, welches die Gläubiger an einer Erfüllung und Naturalleistung haben, kann in Widerstreit geraten [14])."

Erst wenn die Kenntnis des späteren Gläubigers von der bereits bestehenden, auf die gleiche Leistung gehenden Verpflichtung des Schuldners hinzukommt, begründet diese „Forderungsmißachtung" einen unmittelbaren Anspruch gegen den Dritten. Das jedoch nur unter den Voraussetzungen des § 826 BGB, wenn ihm nach seinen Beweggründen ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last fällt. Doch ist das bewußte Zusammenwirken zur Umgehung und Schädigung auch bloß obligatorischer Rechte regelmäßig als sittenwidrig anzusehen [15]).

Schließlich ist noch ein völlig anderer Fall denkbar, in dem das Optionsrecht vorzeitig sein Ende findet, nämlich durch freiwillige Entschließung des Begünstigten, durch seinen Verzicht. Die Frage, ob durch einseitige Erklärung auf diese Rechtsstellung verzichtet werden kann, braucht hier noch weniger erörtert zu werden als hinsichtlich eines Gestaltungsrechtes (vgl. hierzu die bereits oben angestellten Erörterungen).

Auf die Optionsbefugnis als obligatorischen Anspruch kann nicht durch einseitiges Rechtsgeschäft verzichtet werden. Kommt die Optionsberechtigung vorzeitig durch Erlaßvertrag zum Erlöschen, so kann das gezahlte Bindungsgeld grundsätzlich nicht zurückgefordert werden. Denn es ist cum causa gegeben. Der rechtliche Grund für seine Hingabe ist auch nicht durch das Verzichtsgeschäft in Wegfall gekommen. Der Gläubiger hat mit der Gebundenheit des Schuldners während ihres Bestehens die ihm gebührende Leistung erhalten. Zweifel könnten erst dann auftauchen, wenn die Gebundenheit nur unverhältnismäßig kurze Zeit bestanden hat.

---

[14]) Motive I 276.
[15]) RG in JW 1925, 1752. RGZ 88, 361 (366).

Lebenslauf.

Am 5. Juli 1909 wurde ich, Gerhard Naumann, als Sohn des Rektors Otto Naumann und seiner Ehefrau Margarete geb. Faerber in Zeitz geboren. Nach dreijährigem Besuch der Mittelschule wurde ich Ostern 1919 in das Staatliche Stiftsgymnasium zu Zeitz aufgenommen und bestand am 9. März 1928 die Reifeprüfung.

Im Sommerhalbjahr 1928 ließ ich mich bei der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Marburg als Student eintragen. Nachdem ich vier Semester in Marburg und weitere vier Semester an der Universität Halle Rechtswissenschaften studiert hatte, legte ich am 31. Mai 1932 die erste juristische Staatsprüfung ab.

Vorlesungen hörte ich bei den Herren Prof. Dr. Jung, Manigk, Mezger in Marburg und Prof. Dr. Schmidt, Hein, Bilfinger, Ruth in Halle. Schon in den ersten Semestern wandte sich mein Hauptinteresse dem Studium des Privatrechtes zu, aus dem ich demzufolge auch das Thema meiner Dissertation entnommen habe.

Herrn Professor Dr. Schmidt bin ich für die mir bei Abfassung der Arbeit erteilten Ratschläge zu besonderem Dank verpflichtet.